DAS WESEN DER BONA FIDES BEI DER ERSITZUNG: EIN PRACTISCHES GUTACHTEN...

Carl Georg Bruns





1650.
SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL:
CHRISTO
ECCLESIAE
Received
Dec 12, 1888

GERMANY

Das

Wesen der bona fides

bei der Ersitzung.

Ein practisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrage

von

Dr. Carl Georg Bruns
Professor in Berlin.



Berlin, 1872.
Puttkammer & Mühlbrecht,
Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft
64 Unter den Linden.

Rec. Dec. 12, 1888.

Vorwort.

Es ist eine alte Erfahrung, daß ein einziger bedeutender Rechtsfall oft tiefere Blicke in das Wesen eines Rechtsbegriffes eröffnet, als eine ganze Reihe theoretischer Speculationen. Der ganze Reichthum und die Lebensfrische der römischen Jurisprudenz beruht vorzugsweise auf ihrem Herauswachsen aus dem practischen Leben und ihrer beständigen Verbindung mit demselben. Unsere moderne romanistische Wissenschaft, wenn sie auch an Tiefe der Speculation und wissenschaftlicher Form der römischen voraus ist, entbehrt doch gerade diese lebendige practische Anregung zu ihrem Nachtheile in hohem Grade. Sie unterliegt dadurch nicht selten der Gefahr, bei ihren Untersuchungen nicht über den Kreis von Gedanken und practischen Fällen hinauszukommen, die das allerdings reiche römische Quellenmaterial ihr bietet, die Rücksichten aber, die das practische Leben in seiner unerschöpflichen Triebkraft stets neu zu Tage fördert, nicht zu erfahren oder nicht zu beachten. Es handelt sich dabei nicht um den Vorwurf, den der Practiker der Theorie so oft macht, daß sie die Detailfragen, die ihm die Praxis bietet, nicht behandle, und ihn daher so oft rathlos

*

dastehen lasse. Eine solche erschöpfende Casuistik ist überhaupt weder möglich noch Aufgabe und Ziel der Wissenschaft. Allein nicht selten giebt es Fälle, die gerade auf die Grundideen und Principien eines Rechtsbegriffes neue Schlaglichter werfen, indem sie Consequenzen aufdecken, die zu tieferer Erfassung seiner letzten Gründe führen, und für die Beurtheilung seines Wesens und seiner practischen Bedeutung neue Gesichtspunkte eröffnen. Solche Anregungen aus der Praxis zu ergreifen und vollständig auszunutzen, ist wesentliche Aufgabe für die Theorie und sollte sie sich nie entgehen lassen.

Erwägungen dieser Art haben die nachfolgende Schrift hervorgerufen. Der Begriff der bona fides ist mehrfach, besonders in neuerer Zeit, Gegenstand verdienstlicher Untersuchungen geworden, doch bewegen sich dieselben stets nur auf einem bestimmten hergebrachten Boden: sie nehmen die fides einfach als Glauben, und suchen aus den betreffenden Stellen der römischen Quellen zu bestimmen, was als der eigentliche Gegenstand des Glaubens anzusehen sei; die Frage nach der Entschuldbarkeit des Glaubens wird daneben je nach den Ansichten über die Grundsätze vom Irrthum entweder bejaht oder verneint. Der dem nachfolgenden Gutachten zu Grunde liegende Rechtsfall zeigt nun aber deutlich, zu was für unhaltbaren practischen Consequenzen der Standpunkt des subjectiven Glaubens führt, und wie die Hauptfrage bei der bona fides gar nicht die ist, was man glaubt, sondern vielmehr wie und warum man glaubt, ob leichtfertig oder redlich. Als die Hauptfrage für das Wesen der bona fides tritt dadurch die hervor, ob der letzte Grund des Begriffes im Glauben oder in der Gesinnung liege, ob fides Glaube oder Redlichkeit bedeute, und wenn letzteres, ob diese dabei in ihrer niedrigsten

Stufe nach dem Principe des reinen Subjectivismus als bloßes factisches Glauben, oder nach höherer ethischer Anforderung mit der Pflicht einer redlichen Ueberlegung aufzufassen sei; und ferner, da beides sich im römischen Rechte je bei Verträgen und Delicten findet, ob bei der Ersitzung der niedere oder der höhere Standpunkt eingenommen sei; in Verbindung damit steht endlich die Frage, welchen Einfluß dabei der Unterschied des factischen und rechtlichen Irrthums, und bei letzterem eine etwaige Rechtsbelehrung habe.

Wie man diese Fragen auch beantworte, jedenfalls bekommt damit die Lehre vom Wesen der bona fides erst ihren wahren allgemeinen Boden. Der Begriff ist ein allgemein rechtlicher, ja ein allgemein ethischer, und muß daher wesentlich in dieser Allgemeinheit erfaßt werden. Das Princip des subjectiven Glaubens bei der Verjährung beruht auf demselben Subjectivismus, der in andern Verhältnissen jede fanatische Verblendung und bornirte Eingenommenheit für bona fides erklären und damit rechtfertigen will. Man darf den Begriff der bona fides bei der Verjährung nicht isoliren, sondern muß sein Wesen an sich aus seiner Gesammtstellung im Rechte entnehmen, und kann erst danach seine specielle Anwendung bei der Verjährung bestimmen und durchführen.

Aeußerlich ist die nachfolgende Schrift aus einer Art von Schriftenwechsel durch Gutachten in dem oben erwähnten Rechtsstreite hervorgegangen. Zuerst hatte sich die eine Partei von Geheimerath Professor v. Wächter in Leipzig ein Gutachten ertheilen lassen, darauf die andere von mir. Wächter hat dann ein zweites Gutachten als Entgegnung auf das meinige abgegeben, und davon den Theil, der sich auf das Wesen der bona fides bezieht, als selbständige Schrift veröffentlicht. Die

Antwort auf diese Schrift, insofern also eine Art Duplik, ist die nachfolgende Schrift, jedoch in folgender Weise: Ich habe zunächst mein früheres Gutachten vollständig und unverändert voraufgeschickt, nicht nur damit man den ganzen Fall übersehen könne, sondern namentlich weil die practischen Elemente, die dem Falle seine theoretische Bedeutung geben, nur in ihrem practischen Zusammenhange vollständig hervortreten und nach ihrer Bedeutung gewürdigt werden können. In der darauf folgenden theoretischen Ausführung habe ich dann aber von dem besondern Falle abstrahirt und die theoretische Frage selbständig behandelt, namentlich die Begründung der Resultate des Gutachtens in den römischen Rechtsquellen genauer, als es im Gutachten selber passend und nöthig schien, nachgewiesen. Die Einwendungen von Wächter sind dabei soweit nöthig berücksichtigt, doch habe ich es im allgemeinen für angemessener gehalten, durch eine zusammenhängende positive Beweisführung die Sache selber klar zu legen, als eine vollständige aber unerquickliche und zersplitternde Polemik zu verfolgen.

Auf die Litteratur, die ältere wie die neuere, habe ich wenig Rücksicht genommen, weil bei einer so bis ins einzelnste durchgestrittenen Frage die Berufung auf Auctoritäten wenig Werth mehr hat. Hätte ich überhaupt Auctoritäten folgen wollen, so würde ich am liebsten der Auctorität meines Gegners, meines hochverehrten alten Lehrers, gefolgt sein. Allein wenn irgendwo, so muß vor allem bei wirklichen Rechtsstreiten der alte Satz vom amicus Plato rücksichtslos zur Anwendung kommen.

Die neueren Abhandlungen über die bona fides, die ich der Kürze wegen immer nur mit dem Namen des Verfassers und der Seitenzahl citirt habe, sind folgende:

v. Savigny, im Systeme des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. S. 368—377. (1840).

Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus. (1852).

v. Scheuerl, Zur Usucapionslehre, in den Beiträgen zur Bearbeitung des röm. Rechts. Bd. 2. S. 29. (1854).

Schirmer, Zur Lehre von der bona fides und dem iustus titulus, in der Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. 15. No. VII. und IX. (1858).

Burckhard, Ueber den Begriff und Beweis der bona fides bei der Eigenthumsersitzung, in derselben Zeitschr. Bd. 21. No. IX. und X. (1864).

v. Wächter, Die bona fides, insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. (1871).

Berlin, 24. Februar 1872.

Bruns.

Inhalt.

I. Gutachten.

II. Theoretische Ausführung.

I.

Gutachten.

Gutachten in der Rechtssache

des Premierlieutenants a. D. Herrn L. F. A. v. Metzsch gegen Se. Hoheit den Herzog Leopold Friedrich von Anhalt, Herausgabe des Rittergutes Gollmenglin betreffend.

I. Veranlassung und Verlauf des Processes.

§. 1.

Am 25. August 1765 starb im Bade Gießhübel in Sachsen der Graf Carl Ernst v. Metzsch mit Hinterlassung eines Testamentes vom 1. August 1755 und eines Codicilles vom 1. October 1755, die beide zusammen von ihm am 17. October 1755 dem Stadtgerichte zu Dresden übergeben waren. In dem Testamente waren folgende Hauptbestimmungen enthalten, zuerst nach einer längeren Einleitung:

> §. 1. Was mein zeitliches Vermögen betrifft, so setze ich, — da ich mich wieder zu verehelichen gemeynet, meine aus dieser und denen folgenden Ehen zu erzeugende Kinder — zu meinen Universalerben — ein, jedoch nicht höher als zum Pflichttheil. —

Nach näheren Anordnungen über diese Pflichttheile fährt das Testament fort:

> §. 7. Alle mein übriges jetzt — und künftiges Allodialvermögen — soll zu einem ewigen — Fideicommisse zur Conservirung der gräflich und freiherrlich Metzsch'en Würde Namens und Wappens dergestalt ausgesetzt sein, daß —

Ueber die Succession in dieses Fideicommiß bestimmt das Testament dann weiter:

> §. 8. In das Fideicommiß succediren nun zuvörderst meine etwa noch zu erzeugenden Söhne, — in der Weise, daß das Recht der Erstgeburt unter ihnen observirt werde.

§. 9. Sollte ich aber keine Söhne hinterlassen, sondern nur Töchter, so fällt dieses Fideicommiß auf die älteste Tochter und deren Leibeserben.

Hierauf folgen nähere Bestimmungen über die Succession aller Descendenten, und dann fährt das Testament fort:

§. 12. Nach Abgang meiner Descendenten — soll das Fideicommiß auf meinen Vetter C. W. v. Metzsch und dessen männliche Descendenz, — nach deren Abgang auf — F. C. v. M. und dessen Descendenz, — sodann aber nach deren Ableben auf dessen Agnaten transferiret werden, also daß —

Die übrigen Bestimmungen des Testaments kommen hier zunächst nicht weiter in Betracht. Ebenso sind von dem Codicille hier nur aus §. 1. und 2. die Aeußerungen hervorzuheben, die sich auf die Schwester des Testirers, die Frau v. W., beziehen:

§. 1. Obschon mir nicht unbekannt ist, daß nach meinem Tode sich Verschiedene finden werden, welche das — Fideicommiß unter allerhand nichtigen Ausflüchten und Distinctionskrämereien zu untergraben sich bemühen werden, nachdem aber ich meinen — Kindern — nicht präjudicirt, — meinen übrigen Verwandten aber — nichts schuldig bin, sie sich auch gegen mich — nicht also aufgeführt haben, um ihnen — etwas zufließen zu lassen, als haben sie den dadurch zugezogenen Schaden sich selbst zuzuschreiben. —

§. 2. Aus dieser Ursache disponire ich, — daß, da ich recht gezwungen worden, — mit meiner — Mutter Proceß — anzustellen, auch den neueren Proceß wegen ihres fälschlich von der v. W. und Consorten producirten Testamentes zu erregen und fortzuführen, wenn ich den Ausgang — nicht erleben möchte, da die Widerspänstigkeit meiner Gegner insgesammt recht vom Zaune gebrochen, meine Kinder — diese gerechte Sache ohne Ausnahme eifrigst fortstellen sollen.

In den 10 Jahren, die der Graf nach Errichtung dieses Testamentes noch lebte, kam die beabsichtigte Wiederverheirathung nicht zu Stande. Er änderte das Testament aber nicht ab, wenigstens nur indirect insofern, als er im Jahre 1763 sein Haus in Dresden an die Tochter eines Herrn v. S. verkaufte, unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauches an demselben für sich, aber unter Befreiung desselben von dem Fideicommisse, und in gleicher Weise im

Jahre 1764 auch alle seine in dem Hause befindlichen Pretiosen, Mobilien und Obligationen an die sämmtlichen Kinder des Herrn v. S. verschenkte.

Bei seinem Tode war hierdurch der in Sachsen befindliche Theil seines Vermögens sehr beschränkt, die Hauptmasse bildete das in Anhalt-Zerbst belegene Rittergut Gollmenglin nebst 2 Hufen auf einer benachbarten Mark, und das Allodialvermögen auf zwei gleichfalls dort belegenen Lehngütern, Polenzko und Berenthofen. Die Erbprätendenten für diese Erbschaft waren:

1) ab intestato nur die im Codicille erwähnte Schwester des Verstorbenen, die an den Landrath v. W. auf Krücheln in Anhalt verheirathet war;

2) ex testamento die zu dem Fideicommisse speciell berufenen Agnaten, nämlich a) der C. W. v. Metzsch, der zwar als Preußischer Officier in der Schlacht bei Kunersdorf (1759) gefallen sein sollte, dessen Leben aber von seinem Vater, dem Hauptmann v. M., fortwährend behauptet und in Vertretung geltend gemacht wurde, und b) hinter ihm Fr. C. v. M., der gleichfalls Preußischer Lieutenant aber noch minderjährig war.

Der Verlauf der Erbschaftsstreitigkeiten, die nach dem Tode des Grafen v. M. ausbrachen, war im allgemeinen folgender:

Die Frau v. W. setzte sich sofort nach dem Tode, noch ehe das Testament eröffnet war, in den Besitz von Gollmenglin, und bestritt dann nach der Eröffnung des Testaments dessen Gültigkeit, weil es durch den Ausfall der zu Erben eingesetzten Kinder destitut geworden sei, und das Fideicommiß höchstens aus der Codicillarklausel als Intestat-Vermächtniß gelten könne. Zugleich erhob sie Einsprache gegen die Gültigkeit des Verkaufes und der Schenkung an die v. S.'schen Kinder, weil der verstorbene Graf damals bereits geistesschwach gewesen sei. Danach entstanden denn drei verschiedene Arten von Rechtsstreiten:

1) Der Hauptstreit über die Anhaltischen Güter zwischen dem F. C. v. M. und der Frau v. W., der die Grundlage des gegenwärtigen Processes bildet.

2) Ein Streit zwischen dem F. C. v. M. und dem Vater des C. W. v. M. über das Leben dieses letzteren. Dieser wurde im Jahre 1780 vom Stadtgericht zu Dresden durch Verschollenheits- und Todeserklärung des C. W. v. M. beendigt und der F. C. v. M.

dabei ausdrücklich „pro herede fiduciario“ aus dem Testamente erklärt.

3) Ein Streit über den vorläufigen Besitz und die Sequestration des an die v. S.'sche Tochter verkauften Hauses in Dresden zwischen sämmtlichen Betheiligten, nämlich dem Herrn v. S. für seine Tochter, der Frau v. W., dem Vater des C. W. v. M. und dem F. C. v. M. Dieser Streit wurde, wenigstens soweit er die Frau v. W. betrifft, im Jahre 1767 durch ein von der Facultät Leipzig abgefaßtes Urtheil beendigt, worin die Frau v. W. mit ihren Ansprüchen vorläufig, aber unter Vorbehalt der definitiven Erbschaftsklage, abgewiesen wurde, weil das Testament gültig sei, C. W. v. M. erster heres fiduciarius sei, und sie somit gar kein Erbrecht habe.

Alle drei Streite fingen zwar schon im Jahre 1765 an, indessen kam der erste, der über die Anhaltischen Güter zwischen dem F. C. v. M. und der Frau v. W., noch nicht zum wirklichen Processe, sondern führte nur zu einem Proteste des F. C. v. M. bei der Zerbster Regierung gegen die Anträge der Frau v. W. auf Ueberweisung des dortigen Allodialvermögens. Indessen wurde die Frau v. W. doch dadurch veranlaßt, sich im Anfange des Jahres 1766 von der juristischen Facultät in Göttingen ein Gutachten über die Gültigkeit des Testamentes und ihre Rechte gegen den F. C. v. M. ertheilen zu lassen. Dasselbe fiel günstig für sie aus, doch machte sie es gegen die Leipziger Entscheidung (von 1767) in dem Dresdener Processe nicht geltend, ließ vielmehr ihre dortigen Ansprüche ganz fallen und begnügte sich mit dem Besitze von Gollmenglin. Der Lieutenant F. C. v. M. stellte auch auf diesen Besitz (aus unbekannten Gründen) weder bei ihren Lebzeiten noch nach ihrem Tode (1782) gegen ihre Erben einen Proceß an, vielmehr wurde erst nach seinem Tode (1804) von seinen drei Kindern, worunter der jetzige Kläger L. Fr. A. v. M. als ältester Sohn, im Jahre 1811 eine gemeinschaftliche Klage erhoben, die aber später liegen gelassen wurde und nicht zur Entscheidung gelangt ist. Das Gut ging inzwischen mittelst Erbschaft durch verschiedene Hände, bis es im Jahre 1843 durch Kauf an den jetzigen Hohen Herrn Besitzer gelangt ist. Erst gegen diesen ist dann im Jahre 1861 die gegenwärtig zur Entscheidung stehende Klage erhoben.

§. 2.

Die Klage gründet sich einfach auf das Testament und die Fideicommißstiftung des Grafen v. M. Die Vertheidigung beschränkt sich nach Beseitigung aller übrigen Einreden, und abgesehen von ein Paar Gegenforderungen, auf die Einrede der Verjährung und auch bei dieser, da der Ablauf der Zeit außer Zweifel ist, auf das Erforderniß der bona fides. Das erste im Jahre 1863 in der Sache ergangene Erkenntniß, welches von der Juristen-Facultät in Göttingen abgefaßt war, erkannte, daß die Klage zwar an sich begründet sei, weil das Fideicommiß nicht auf das Gut Gollmenglin sondern auf die ganze Erbschaft als solche gerichtet gewesen sei, somit die Berufung dazu für den Erstberufenen zugleich eine directe Erbeinsetzung auf die Erbschaft selber, und für die Späteren, und zwar auch die Agnaten, eine directe Substitution auf die Erbschaft enthalten habe; daß aber andererseits auch die Einrede der Verjährung begründet sei, weil eine mala fides der Frau v. W. nicht angenommen werden könne. Kläger wurde daher mit seiner Klage abgewiesen. Auf von ihm eingelegte Appellation wurde dieses Erkenntniß indessen im Jahre 1864 durch ein von der Juristen-Facultät in Halle abgefaßtes Urtheil dahin abgeändert, daß nicht nur die Klage an sich begründet sei, weil das Fideicommiß auf die ganze Erbschaft gehe und darum in der Berufung dazu nicht nur eine Substitution im Fideicommisse sondern auch eine Vulgar-Substitution unter die Erbeinsetzungen der Kinder enthalten sei, sondern daß Kläger auch zum Beweise der von ihm behaupteten mala fides der Frau v. W. zuzulassen sei, da die bona fides zwar vermuthet werde, aber die Möglichkeit einer mala fides hier durch die Umstände keineswegs ausgeschlossen sei. Dieses Erkenntniß wurde auf weitere Berufung des Hohen Herrn Verklagten im Jahre 1865 durch ein von der Juristen-Facultät in Berlin abgefaßtes Erkenntniß bestätigt, dabei jedoch in Betreff der Begründung der Klage an sich wieder der Standpunkt des ersten Erkenntnisses zu Grunde gelegt und näher begründet.

Nachdem hierauf Beweis und Gegenbeweis von den Parteien angetreten, durchgeführt und verhandelt waren, wurde im Jahre 1868 durch ein von der Juristen-Facultät in Tübingen abgefaßtes Urtheil erkannt, daß der Beweis der mala fides der Frau v. W. als gelungen anzusehen sei: sie sei durch das Testament jedenfalls in mala fides versetzt, sei dann zwar durch das Göttinger Gutachten in bona

fides gekommen, habe aber durch das Leipziger Urtheil doch so viel Zweifel an ihrem Rechte bekommen müssen, daß dadurch ihre bona fides wieder aufgehoben sei. Der Hohe Herr Verklagte wurde demgemäß zur Herausgabe des Gutes verurtheilt. Hochderselbe legte indessen Berufung gegen das Erkenntniß ein, indem er zugleich ein Rechtsgutachten des Geheimerath Professor Dr. v. Wächter in Leipzig beifügte, worin ausgeführt war, daß die Frau v. W. das Testament eigentlich ganz mit Recht für destitut und ungültig gehalten habe, in diesem Glauben durch das Göttinger Urtheil bestärkt wäre und darin auch durch das Leipziger Urtheil nicht wohl habe erschüttert werden können. Das im Jahre 1870 ergangene, von der Juristen-Facultät in Gießen abgefaßte, Urtheil zweiter Instanz erklärte gleichfalls den Beweis der mala fides für nicht geführt; zwar sei das Testament an sich gültig gewesen, allein durch das Göttinger Gutachten sei die auf einem Rechtsirrthume beruhende Ansicht der Frau v. W. genügend entschuldigt worden, und daran sei auch durch das Leipziger Urtheil nichts geändert. Demgemäß wurde umgekehrt der Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Gegen dieses Urtheil hat nunmehr der Herr Kläger Berufung eingelegt, und über diese ist gegenwärtig zu verhandeln und demnächst das Endurtheil zu fällen.

II. Der Hauptstreitpunkt und die leitenden Rechtsgrundsätze.

§. 3.

Stellt man zunächst die Hauptfragen, von denen die Entscheidung des Streites in seiner gegenwärtigen Lage abhängt, genauer fest, so ergeben sich diese am besten aus einer Vergleichung der Gründe, auf die die beiden Erkenntnisse sowie das Wächter'sche Gutachten gestützt sind.

Dem Tübinger Urtheile liegt folgende Argumentation zu Grunde: Das Testament des Grafen v. M. sei nach Maßgabe der rechtskräftigen Entscheidung des dritten im ersten Verfahren ergangenen (Berliner) Urtheiles ein vollständig rechtsgültiges und habe daher das Intestaterbrecht der Frau v. W. vollständig ausgeschlossen; die directe Erbeinsetzung der Metzschischen Agnaten sei darin auch so deutlich ausgesprochen, daß auch die Frau v. W. sie habe erkennen

können und müssen; sie sei daher durch die Publication des Testamentes jedenfalls in mala fides gekommen, selbst wenn sie etwa vorher bei der Besitznahme des Gutes Gollmenglin in bona fides gewesen sein sollte, was jedoch weder erwiesen noch wahrscheinlich sei; nun habe sie allerdings durch das Göttinger Gutachten von gewichtiger Auctorität Gründe bekommen, um anzunehmen, daß das Fideicommiß nur indirect aus der Codicillarclausel Geltung habe und sie somit wirkliche Intestaterbin und zum Besitze von Gollmenglin berechtigt sei; indessen sei diesem Gutachten die Auctorität des Leipziger Urtheiles von 1767 entgegengetreten und habe dessen Auctorität wenigstens insoweit wieder aufgehoben, daß ihrem durch das Gutachten begründeten Vertrauen auf ihr Recht ebenso viel Gründe zum Mißtrauen entgegengesetzt wären, somit eine eigentliche entschiedene Ueberzeugung von ihrem Rechte nicht in ihr habe bleiben können, sondern nur ein Zustand des Zweifels; die Zweifel seien aber nicht bloße speculative Gedanken der Möglichkeit des fremden Rechtes gewesen, sondern concrete practische Zweifel an der Begründung des eigenen Rechtes, und zwar aus Gründen, die an sich richtig waren und die bei genauer Prüfung auch sie selber hätten überzeugen müssen.

Das Gießener Erkenntniß geht davon aus, daß die Frau v. W. bei ihrer Besitzergreifung von Gollmenglin entschieden in mala fides gewesen sei, da sie entweder das Dasein des Testamentes geradezu gewußt hätte, oder wenigstens nicht gewußt hätte, daß keines da sei; die Publication des Testamentes habe indessen ihre mala fides nicht verstärkt, sondern im Gegentheil ihr einen Anhalt zur Annahme ihrer Intestaterbberechtigung gegeben, da die Giltigkeit des Testamentes wohl angezweifelt werden und nur durch eine feine juristische Interpretation festgestellt werden könne; bei ihrem Interesse an der Nichtigkeit des Testamentes hätte sie daher auch leicht den Glauben an diese fassen können, sie hätte sehr unbefangen sein müssen, um sie nicht anzunehmen; allerdings sei diese Annahme ein Rechtsirrthum gewesen und dieser schließe die außerordentliche Verjährung ebenso aus wie die ordentliche; allein da derselbe hier nur in der Subsumtion der Thatsachen unter das Recht bestanden habe, so sei er schon an sich leichter entschuldbar gewesen, und diese Entschuldbarkeit sei dann durch das Göttinger Gutachten noch so verstärkt, daß danach die Annahme einer vollen bona fides bei ihr begründet sei; das

Leipziger Erkenntniß habe diese bona fides nicht aufheben können, es habe zwar wohl Bedenken bei ihr erwecken, ihr aber nicht die Ueberzeugung von der Grundlosigkeit ihrer Ansprüche aufdrängen oder ihr auch nur überwiegende Zweifel daran einflößen können, denn es sei nur in erster Instanz gefällt und mit so oberflächlicher Begründung, daß ihre Ueberzeugung dadurch nicht erschüttert zu werden brauchte.

Auf einem etwas anderen Wege gelangt Wächter in seinem Gutachten zu dem gleichen Resultate. Er geht davon aus, bona fides sei der rein factische Glaube, daß man kein Unrecht thue, die Entschuldbarkeit dieses Glaubens im Falle eines Irrthums sei davon ganz zu trennen, diese könne nur die Wirkungen der bona fides bestimmen, nicht aber ihr Dasein an sich; nun sei aber die Entschuldbarkeit des Irrthums nur bei der ordentlichen Ersitzung gesetzlich gefordert, und selbst hier nur für die Annahme eines s. g. Putativ-Titels, bei der außerordentlichen Verjährung komme es dagegen nur auf die bona fides an sich an, ohne Rücksicht auf ihre Entschuldbarkeit; im vorliegenden Falle sei aber nicht der mindeste Grund zu der Annahme vorhanden, daß Frau v. W. nicht an ihr Recht geglaubt habe; sie habe zwar die Absicht ihres Bruders, sie auszuschließen, wohl gewußt, allein ohne ein gültiges Testament habe sie diese nicht zu respectiren brauchen, das vorhandene Testament aber sei nach der richtigen, oder wenigstens der damals allgemein herrschenden, Ansicht in der That destitut, also ungültig gewesen; in diesem Glauben sei sie durch das Göttinger Gutachten vollständig bestärkt, und das Leipziger Erkenntniß sei nicht so beschaffen gewesen, um jenen Glauben auch nur irgend wie wankend machen zu können, es sei nur possessorisch gewesen, das eigentliche Erbrecht der Frau v. W. ihr ausdrücklich vorbehalten und seine Begründung sei überdies höchst oberflächlich, ja selbst aktenwidrig gewesen.

Vergleicht man diese verschiedenen Ausführungen miteinander, so löst sich die Frage nach der bona fides der Frau v. W. in die beiden Fragen auf:

1) nach dem factischen Dasein ihres Glaubens, und
2) nach der Entschuldbarkeit dieses Glaubens.

Wächter erklärte diese letztere für rechtlich irrelevant; er geht nur darum darauf ein, um aus der Berechtigung oder wenigstens Entschuldbarkeit des Glaubens den Beweis für sein wirkliches Dasein

zu führen oder zu verstärken; die Entschuldbarkeit soll nur ein psychologisches Element für den Beweis des factischen Daseins des Glaubens bilden. Die beiden Urtheile fordern zwar die Entschuldbarkeit als rechtliches Erforderniß, indessen fassen auch sie die Entschuldigung eigentlich nur als psychologische Rechtfertigung auf, die Hauptfrage ist auch bei ihnen, ob sich der Glaube subjectiv psychologisch erklären lasse, nicht aber ob er sich objectiv rechtlich billigen und rechtfertigen lasse, die eigentliche Grundlage für beide Entscheidungen ist daher auch der „psychologische" Eindruck, den die Frau v. W. von dem Göttinger Gutachten und dem Leipziger Erkenntniß empfangen habe. Beide suchen diesen genau zu bestimmen und die psychologische Wirkung der Gründe und Gegengründe, ihr plus und minus, in den Erwägungen der Frau v. W. bis ins Einzelne sorgfältig abzuwägen, und danach das Dasein der bona fides zu bestimmen.

Danach stellt sich die Richtigkeit dieses psychologischen Standpunktes und die Annahme und Bedeutung des Erfordernisses der Entschuldbarkeit des Irrthumes bei der bona fides wesentlich als die allgemeine präjudicielle Vorfrage für die Entscheidung über die bona fides der Frau v. W. heraus.

§. 4.

Der practische Inhalt dieser Frage zeigt sich näher, wenn man die eigenthümlichen Consequenzen jenes psychologischen Standpunktes für die bona fides etwas genauer ins Auge gefaßt, als in den beiden Urtheilen und auch in dem Wächter'schen Gutachten geschehen ist. Es ist ganz richtig, daß, wenn man den Zustand des rein factischen Glaubens einer Person feststellen will, dieses nicht nach Rechtssätzen geschehen kann, sondern nach psychologischen Rücksichten bestimmt werden muß. Allein die Folge davon ist, daß dann auch die factische Individualität des einzelnen Menschen mit allen ihren zufälligen Verschiedenheiten die Grundlage für Dasein und Annahme des Glaubens und der bona fides bilden muß. Diese muß dann ganz nach der psychologischen Verschiedenheit der Menschen, ihren Anlagen, Fähigkeiten und Charakteren bestimmt werden. Der Leichtgläubige, der Unerfahrene, der Dumme ist dann leichter in bona fide, als der Kluge, Umsichtige, Erfahrene. Namentlich wenn es sich um Annahme eines Glaubens an Rechtssätze, Entscheidungen von Rechts-

fragen, überhaupt um Rechtsirrthum handelt, entsteht ein unabweislicher aber gar bedenklicher Unterschied. Der Jurist sieht Bedenken, Zweifel, Hindernisse, die dem Laien und dem Unerfahrenen gar nicht in den Sinn kommen. Der Leichtgläubige glaubt leicht, ist also leicht in bona fide; soll er darum günstiger bei der Verjährung beurtheilt werden, leichteren Erwerb haben, als der Bedächtige, der jedes Hinderniß sieht, danach sucht und vor Zweifeln zu keiner Ueberzeugung kommen kann? Ja noch mehr: der Leichtsinnige, der Leidenschaftliche, der Interessirte, der nur auf seinen Vortheil bedachte, sieht auch nur diesen und ist blind für Hindernisse aus fremdem Rechte, während der Ehrliche, Redliche und Gewissenhafte, in ängstlicher Scheu fremdes Recht zu verletzen, vielleicht mehr Auge für die Gegengründe, als für die Gründe seines eigenen Rechts hat. Soll nun Jenen ihre egoistische Eingenommenheit förderlich sein? Sollen sie leichter zum Erwerbe durch Verjährung zugelassen werden, als der redliche, gewissenhafte Mann? Man darf das Alles auch nicht etwa als blos theoretische, unpractische Bedenken ansehen. Sie sind unvermeidliche Consequenzen und die ganze Entscheidung des vorliegenden Falles hängt davon ab. In dem Gießener Urtheile ist ganz direct der Standpunkt eingenommen, daß man bei Fragen über den factischen „Zustand des Bewußtseins einer Person" auf die „innere Stimmung", die durch das eigene Interesse begründet werde, Rücksicht nehmen müsse. Es heißt demgemäß: die Einwendungen gegen das Testament seien zwar an sich unbegründet gewesen, aber doch der Art, daß „eine Person, deren Interesse auf die Ungültigkeit des Testamentes gerichtet ist", leicht und „im besten Glauben" für die Annahme der Richtigkeit hätte entscheiden können, und später Bl. 51, die Frau v. W. „hätte von einer seltenen Unbefangenheit und Selbstbeherrschung gewesen sein müssen, wenn sie nicht zu einer ihren Erbansprüchen günstigen Meinung gelangt wäre."

Ebenso argumentirt Wächter (S. 43) daraus, was der „Laie", der „Nichtjurist" für Ansichten über das Testament hätte haben können, ja S. 45 geht er so weit, zu sagen: wenn die Zerbster Regierung trotz des Protestes des F. C. v. M. auf die Behauptung der Frau v. W. über die Destitution des Testamentes (ohne Einsicht desselben) den Verkauf der Allodialsachen verfügt habe, so „konnte dies auf Frau v. W., zumal als Frau, nur den Eindruck machen, daß die Regierung von einer ähnlichen Auffassung ausgehe, wie

die von ihr behauptete war". Dabei schade es auch nicht, daß die Regierung nicht als richterliche verfügt habe, denn es komme nur darauf an, welche Auctorität die Frau v. W. darin zu finden gehabt habe, und für sie (als Frau) hätte auch das Verfahren einer Administrativbehörde von großer Auctorität sein müssen!

Man sieht hieraus deutlich: die nothwendige Folge dieses psychologischen Standpunktes wäre, daß man im einzelnen Falle beim Beweise der bona fides eines einzelnen Menschen vor allem von der besonderen Individualität desselben, seinem Charakter und seiner Bildungsstufe, ausgehen müßte, daß es nicht darauf ankommen dürfte, was an sich recht wäre und was er hätte glauben *sollen*, sondern vielmehr vor Allem darauf, was für ihn das Vortheilhafteste wäre, und was er darum am liebsten und leichtesten geglaubt hätte! Ja noch weiter! Verwickelte Rechtsverhältnisse kann ein Laie selten, reine positive Rechtsfragen eigentlich nie beurtheilen, er muß und wird daher stets Rechtskundige befragen, und natürlich befrägt er zunächst stets die, die die Verhältnisse möglichst zu seinen Gunsten auffassen, ja die sie ihm wegen eigenen Interesses, wie z. B. ein gewinnsüchtiger Advocat, vielleicht sogar selber mala fide zu seinem Interesse zu wenden und darzustellen keinen Anstand nehmen. An ihrem Urtheile zu zweifeln wird er sich selten veranlaßt sehen, er wird es gerne und leicht glauben, und um so mehr, je mehr es zu seinen Gunsten ist. Er wird auch seine entgegenstehende Ansicht ihnen gegenüber leicht aufgeben, sich somit aus mala fides in bona fides versetzen lassen. Es müßte ein schlechter Advocat sein, der einem unerfahrenen Laien, namentlich einer Frau, nicht Alles, was zu ihrem Vortheil ist, leicht einreden könnte. Sobald man also annimmt, das der factische subjective Glaube das Entscheidende bei der bona fides ist, so muß man nach psychologischen Principien auch weiter annehmen, daß danach factisch die meiste Wahrscheinlichkeit stets dafür spricht, daß eine Person das geglaubt hat, was das Vortheilhafteste für sie ist.

Zu welchen Consequenzen dies in der practischen Anwendung führt, ist gerade für den vorliegenden Fall in den oben gegebenen Angaben bereits zur Genüge hervorgetreten, die nähere Ausführung davon kann erst weiter unten gegeben werden. Das aber kann man schon danach ersehen, daß durch einen solchen Standpunkt die sittliche Natur der bona fides geradezu auf den Kopf gestellt wird, der

Schutz der bona fides bei der Verjährung aus einer wohlthätigen und billigen Sicherung des redlichen Verkehres zu einer grundlosen Belohnung egoistischer Verblendung und leichtfertiger Selbsteingenommenheit gemacht wird, die allem sittlichen Rechtsgefühle Hohn spricht.

§. 5.

Es ist daher auch von vornherein zu bezweifeln, daß ein solches Princip im Römischen Rechte, was sich gerade bei der bona fides so ganz frei aus den Grundsätzen der natürlichen Billigkeit entwickelt hat, wirklich begründet sei. Die Frage ist von Wächter in seinem Gutachten (§. 14.) gründlich behandelt und daher danach am besten zu prüfen. Wächter sagt: bona fides ist guter Glaube, d. h. der Glaube, Niemandem Unrecht zu thun; der Glaube ist aber „lediglich eine Thatsache, deren Existenz nicht von der Art der Gründe, auf denen sie beruht, also auch nicht von der Entschuldbarkeit dieser Gründe, abhängen kann, somit auch, wenn sie einmal vorhanden ist, nicht durch die Art des Irrthums, aus dem sie hervorgeht, sei er noch so unentschuldbar, ausgeschlossen werden kann;" (§. 15.) das Gesetz könne daher von der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht das Dasein sondern höchstens die Wirkungen der bona fides abhängig machen, da es natürlich überhaupt das factische Dasein eines Umstandes nicht von der Art seiner Entstehung abhängig machen könne; demnach könne das Erforderniß der bona fides überall, und so auch bei der außerordentlichen Verjährung, immer nur dasselbe bedeuten, nämlich den factischen Glauben, es könne aber nicht verschiedene Grade oder Arten von bona fides geben; und dieses würde denn auch durch mehrere Pandektenstellen bestätigt, welche die bona fides entschieden auch bei Rechtsirrthum, also bei unentschuldbarem Irrthum, annähmen.

Die logische Consequenz dieser Argumentation ist unverkennbar; nicht anzuerkennen ist aber der Ausgang und das Ende, d. h. das Princip und die äußere Bestätigung. Die ganze Argumentation beruht wesentlich auf dem deutschen Worte und Begriffe „Glauben". Das römische Wort „fides" ist damit aber nicht identisch, es bedeutet an sich nicht „Glauben", sondern „Treue, Vertrauen, Redlichkeit", so wenn Cicero sagt: Fundamentum iustitiae est fides (de off. 1, 7), oder: Justitia in rebus creditis fides nominatur (Part. or. 22), und wenn Gellius (N. A. 20, 1, 39—41) und Andere sagen, die Römer

hätten im Rechte vor Allem die „fides“ cultivirt. Die Identificirung von fides und Glauben ist erst durch das Christenthum und das canonische Recht bewirkt, weil danach der Glaube die Grundlage der Sittlichkeit ist. Die „bona fides“ ist danach bei den Römern ein fester juristischer Begriff, der sich durch das ganze Recht hindurch zieht, als bonae fidei negotium, contractus, actio, bona fide emere, tradere, accipere, occupare, possidere, und der neben den besonderen Gestaltungen der einzelnen Anwendungen stets überall gleichmäßig die Grundbedeutung von redlichem Vertrauen, redlicher, ehrlicher Gesinnung behält. Auch bei der Verjährung bedeutet daher die bona fides nichts anderes, als daß man die betreffende Sache in redlichem Vertrauen, mit ehrlicher Gesinnung gekauft oder sonst in Besitz bekommen habe. Nun versteht es sich zwar von selbst, daß dabei in der Regel ein „Irren“ und „Glauben“ stattfinden muß, und insofern dann der Begriff „bona fides“ mit dem „guten Glauben“ häufig ganz zusammenfällt, allein immer liegt im Begriffe der bona fides, daß man in ehrlicher Weise, nach redlicher, gewissenhafter Ueberlegung etwas glaubt, und nicht auf leichtfertige, frivole Weise in selbstsüchtiger egoistischer Verblendung. Der Begriff der bona fides ist mit einem Worte vielmehr ein ethischer, als ein psychologischer wie der gute Glaube.

Es versteht sich, daß aus diesem Begriffe von bona fides vielfach andere Consequenzen hervorgehen, als aus dem des bloßen factischen guten Glaubens. Namentlich ist hier die Möglichkeit von verschiedenen Arten, Graden oder Abstufungen von selbst gegeben. Wie man bei der widerrechtlichen Gesinnung verschiedene Arten unterscheidet, dolus und culpa und culpa lata und levis, so kann man auch bei der rechtlichen und redlichen gewisse Unterscheidungen machen, namentlich die beiden des rein factischen und des entschuldbaren Irrens und Glaubens. Natürlich ist der, der wenigstens factisch an sein Recht glaubt, wenn auch im Leichtsinn und ohne Ueberlegung, immer besser und daher auch anders zu behandeln als der, der geradezu sein Unrecht kennt und in offener mala fides handelt, also in dolo ist. Es beruht darauf der Hauptunterschied in der Annahme und Behandlung der bona fides, der im römischen Rechte so bestimmt hervortritt, bei den Delicten und bei der Verjährung. Die Delicte, als subjective Widerrechtlichkeiten, bilden ein Gebiet, auf dem es wesentlich auf den factischen subjectiven Zustand des Wollens und

insofern auch des Wissens und Glaubens ankommt. Ein widerrechtlicher Wille, eine widerrechtliche Absicht (dolus), ist wesentlich nur dann vorhanden, wenn und sofern man mit Bewußtsein handelt. Jeder Irrthum, auch der leichtfertigste und unverzeihliche, hebt (so weit er geht) wenigstens die Absicht als solche unbedingt auf und kann höchstens eine Schuld, culpa, wenn auch eine dolo proxima, übrig lassen. Ueberall daher, wo es auf die Absicht, bewußte That, dolus, ankommt, ist im Falle eines Irrthums insofern guter Glaube, bona fides, vorhanden, und können daher die nachtheiligen Folgen der mala fides und des dolus nicht eintreten. Dies gilt namentlich für die eigentlichen Strafen des dolus, ebenso dann aber auch für die privatrechtlichen Folgen des dolus als solchen.

Ganz anders ist es bei der Verjährung. Hier soll nicht umgekehrt, wie im Strafrechte der factische subjectiv widerrechtliche Wille als solcher bestraft wird, ebenso der factische subjectiv rechtliche Wille als solcher belohnt werden, sondern es handelt sich hier um ein objectives Princip des Verkehres: die Sicherheit des Verkehres soll gestärkt, das Vertrauen darauf gefestigt werden durch Aufstellung eines besonderen, über das eigentliche Recht hinausgehenden, Schutzes für den redlichen Besitzer. Wer in redlichem Vertrauen einen Besitz erworben, wird vorläufig durch die Actio Publiciana relativ geschützt und bekommt schließlich durch die Verjährung definitiv absolutes Recht. Als redlicher Besitzer kann aber schon nach natürlichem sittlichem Gefühle nicht der gelten, der in leichtfertiger eigennütziger Verblendung etwas zu seinem Vortheile glaubt, sondern nur der, der nach ehrlicher und gewissenhafter Ueberlegung eine auch objectiv begründete Ueberzeugung faßt. Das Gesetz muß bei diesem Principe der allgemeinen und objectiven Sicherung des Verkehres nothwendig auch einen allgemeinen und objectiven Maßstab anlegen, es darf die Begünstigung, die dem Einzelnen daraus zufällt, da sie stets mit einem Verluste oder Benachtheiligung eines Andern verbunden ist, nur nach den allgemeinen objectiven Verkehrs- und Vertrauensrücksichten zu Theil werden lassen. Das bloße factische Glauben nach den zufälligen psychologischen Zuständen und Verschiedenheiten der Einzelnen und dem größeren oder geringeren Grade ihrer Gewissenhaftigkeit kann über derartigen Erwerb und Verlust nicht entscheiden. Nicht darauf kommt es an, was Jemand factisch wirklich glaubte, sondern darauf, was er zu glauben als redlicher Mann

befugt war, was er hätte glauben oder wissen können und sollen. Das Princip der bona fides ist eben, wie oben gesagt, hier nicht ein psychologisches, sondern ein ethisch-rechtlich-commercielles.

Diesen Standpunkt hat unsere Theorie und Praxis von jeher gehabt. Sie hat bei der bona fides stets angenommen, daß der Glaube ein gerechtfertigter, der Irrthum ein entschuldbarer sein müsse, daß daher namentlich Rechtsirrthum die Verjährung (d. h. die acquisitive, die Ersitzung) ausschließe. Für die Länder des Sächsischen Rechts ist dabei namentlich bezeichnend die Art, wie Carpzov in seinen berühmten Definitiones forenses (II. 3, 6.) nach dem Vorgange älterer Juristen, wie Schneidewin, Coler u. a., die bona fides definirt als „sincera et illaesa conscientia excusans possessorem de ignorantia rei alienae; vel iusta opinio, qua quis credit, rem esse suam." Die Definition ist aber allgemein für die bona fides bei allen Verjährungen, an eine Unterscheidung der bona fides bei der ordentlichen und außerordentlichen Verjährung dachte man nicht. Erst in neuerer Zeit hat man diese natürliche Grundlage des Begriffes der bona fides verkannt, theils aus falschen Speculationen über das Verhältniß von titulus und fides oder aus dem deutschen Begriffe des guten Glaubens, theils aus ungenauer Interpretation einzelner Pandektenstellen.

§. 6.

Geht man aber auf die quellenmäßige Begründung des Begriffes der bona fides näher ein, so bedarf zunächst die allgemeine Bedeutung von fides und bona fides wohl keines besondern Beweises. Daß indessen das Wort fides nicht identisch ist mit Glauben, und daß dabei nicht die Idee des Irrthums, sondern der Redlichkeit zu Grunde liegt, zeigt sich bei allen den Fällen, wo Usucapion ohne Irrthum in Frage kommt. So namentlich, wenn untersucht wird, ob derjenige als bon. fid. emtor anzusehen sei, der vom wirklichen Eigenthümer kaufe, obgleich er wisse, daß dieser das Geld verschwenden werde (L. 8. D. pro emtore), oder der, der vom Procurator des wirklichen Eigenthümers kaufe, oder unter Collusion über den wohlfeilen Preis (L. 7. §. 6. D. eod. tit.). Von Glauben und Irren ist in diesen Fällen gar keine Rede, sondern die Frage ist nur, ob das betreffende Wissen eine Unredlichkeit begründe. Nicht weniger zeigt es sich darin, daß man unter Umständen auch ohne Irrthum und

wissentlich fremde Sachen usucapiren kann, wie namentlich nach dem Principe der L. 28. D. de noxal., wenn man eine Sache von Jemand kauft, der die exceptio rei venditae et traditae gegen den Eigenthümer hat. Auch hier ist die Frage nicht, ob die Kenntniß den Glauben, sondern nur, ob sie die Redlichkeit ausschließe. Ebenso bei der Frage, ob der in bona fide sei, der ein gesetzliches Usucapionshinderniß irrthümlich annehme (L. 32. §. 1. D. de usuc.). Ueberhaupt aber kann bei dem Begriffe der mala fides als Gegensatz der bona fides die Idee des Glaubens gar nicht zu Grunde gelegt werden, sondern nur die der Unredlichkeit, da ja natürlich beim Wissen des Unrechts von einem Glauben keine Rede mehr sein kann, und der Ausdruck „böser Glaube“ nur ein sehr uneigentlicher ist. Diesem Allen entsprechend ist denn auch in den neueren Gesetzbüchern, dem Preußischen, Oesterreichischen und Sächsischen, gar nicht der Begriff des guten Glaubens, sondern die Redlichkeit des Besitzes bei den Bestimmungen über die Ersitzung zu Grunde gelegt.

Was die einzelnen Pandektenstellen betrifft, auf die in der Regel und so auch von Wächter die Ansicht gestützt wird, daß es bei der bona fides nur auf den factischen Glauben und nicht auf die Entschuldbarkeit ankomme, so daß auch der Rechtsirrthum die bona fides nicht ausschließe, so wird dabei der Unterschied des Standpunkts der Delicte und der Verjährung in der Regel übersehen. Die Stellen sagen alle nur negativ, daß bei Rechtsirrthum kein dolus mit seinen Folgen eintrete, keine einzige sagt positiv, daß bona fides mit der Folge der Verjährung eintrete. Die erste ist:

> §. 5. J. de usucap. 2, 6.: Item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum suum esse credens, vendiderit, furtum non committit, furtum enim sine affectu furandi non committitur.

Die Stelle spricht nur von der Furtivität der Sachen und der Frage, in welchem Falle man eine fremde Sache veräußern könne, ohne ein furtum zu begehen. Hier heißt es, furtum sei nicht ohne animus furandi, und dieser, also die diebische Absicht, werde durch jeden Irrthum, auch den Rechtsirrthum, aufgehoben. Dabei liegt somit offenbar nur der oben bezeichnete strafrechtliche Standpunkt zu Grunde, und für die bona fides des Usucapienten wird dadurch gar nichts bewiesen. Daß der Verkäufer, der im Rechtsirrthume verkauft, positiv in bona fide sei, ist nicht gesagt, sondern nur negativ,

daß er kein furtum begeht. Wächter nimmt dies zwar identisch, unter Bezugnahme auf §, 4. eod., wo es heißt:

> heres, qui bona fide (rem alienam) tanquam suam alienaverit, furtum non committit.

Allein diese Stelle spricht nur vom factischen Irrthume, nämlich von dem Falle, wenn man geliehene oder gemiethete Sachen für Erbschaftssachen hielt, und offenbar sind die Worte bona fide bei dem Falle von Rechtsirrthum gerade mit Absicht weggelassen.

Aehnlich ist es mit der zweiten Stelle der L. 25. §. 6. D. de her. petit. (5, 3). Das SC. Juventianum hatte bei seinen Bestimmungen über unberechtigte Erbprätendenten unterschieden „eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere“ und „eos qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent.“ L. 20. §. 6. D. de her. petit. (5, 3).

Für die ersteren, die die römischen Juristen als „praedones“ bezeichnen, trat die bekannte strenge Behandlung ein, und in Beziehung auf diese sagt Ulpian in der obigen Stelle:

> „Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum nescit, an et is qui in iure erravit? — Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret.“

Offenbar ist auch hier wieder der Standpunkt des Delicts: dolus, Absicht, wird durch jeden Irrthum, auch den Rechtsirrthum, ausgeschlossen, und da das SC. seine Strenge nur für die angeordnet hatte, „qui invasissent, cum scirent“, so war Ulpians Entscheidung ganz natürlich. Auch hier wird, wie oben in der Institutionenstelle, nur negativ gesagt, daß der im Rechte Irrende kein praedo sei, nicht positiv, daß er bon. fid. possessor sei. Wächter folgert dies nur daraus, daß an anderen Stellen einfach die praedones und die bon. fid. possessores einander gegenübergestellt werden, so daß jeder, der nicht praedo ist, bon. fid. possessor sein muß. Indessen beruht dies nur darauf, daß das SC. nur unterschied: „eos qui scirent“ und „eos qui iustas causas haberent, quare existimarent.“ Danach standen die ohne „iusta causa“ Irrenden, also namentlich die im Rechte Irrenden, eigentlich in der Mitte und gehörten weder zu den Einen noch zu den Andern. Da indessen das SC. zwischen der strengen und milden Behandlung keine Mittelstufe aufstellte, so mußte man entweder, wie bei der Usucapion im L. 7. §. 2. D. pro

emtore, dem „scit" das „scire debet" gleichstellen, oder die ohne „iusta causa" Irrenden denen mit „iusta causa", d. h. den eigentlichen b. f. possessoribus, gleich behandeln. Wenn nun Ulpian, um die Nachtheile des dolus zu beseitigen, das erstere verworfen hat, so läßt sich daraus für den Begriff der bona fides bei der Verjährung offenbar durchaus nichts weiter folgern.

Schon das dritte (Berliner) Erkenntniß im ersten Verfahren hat geltend gemacht, daß die L. 25. nicht auf dem Principe der Verjährung, sondern einem andern beruhe. Wächter hat dagegen eingewendet (S. 20), daß dieses andere Princip nicht angegeben sei und auch „unmöglich" nachzuweisen sei. Wenigstens die Möglichkeit ist wohl nach Vorstehendem nicht zu bestreiten.

§. 7.

Außer diesen Stellen kommen nun noch die in Betracht, die sich auf den den Einfluß des Rechtsirrthums bei der Verjährung beziehen und die Regel aussprechen, daß hier error iuris non prodest, und daß daher in iure erranti usucapio non procedit.

L. 31. pr. l. 32. §. 1. D. de usucap. (41, 3).
L. 2. §. 15. D. pro emtore (41, 4).
L. 4. D. de juris et facti ignorantia (22, 6).

Der Rechtsirrthum gilt nach röm. Rechte in der Regel als unentschuldbar; wer eine Sache in Besitz nimmt, weil er sich aus falschen Rechtsansichten für berechtigt dazu hält, kann nicht als redlicher Besitzer angesehen werden. Er mag factisch in gutem Glauben sein, und wird daher nicht als Dieb und praedo behandelt und benachtheiligt; allein ihn positiv usucapiren und Eigenthümer werden zu lassen, ist kein Grund, da er durch gehörige Nachfrage die Unrichtigkeit oder wenigstens Zweifelhaftigkeit seiner Rechtsansichten erfahren konnte, und es keine wirklich redliche Gesinnung ist, wenn er diese Nachfrage unterläßt oder die mitgetheilten Gegengründe unbeachtet läßt. Eben darum darf man auch die Regel „error iuris non prodest" nicht etwa für eine besondere rein positive neben der bona fides ansehen wollen, sondern sie bildet einfach nur ein wesentliches Element derselben, wie denn die Römer auch den error iuris und facti bei der Usucapion ganz unmittelbar miteinander verbinden, und z. B. in der L. 4. cit. sagen:

Juris ignorantiam in usucapione prodesse negatur, facti vero ignorantiam prodesse constat.

Allerdings bestreitet nun Wächter diese Auffassung der Regel über den Rechtsirrthum und behauptet, sie gelte gar nicht allgemein für die Usucapion, sondern sie beziehe sich nur ganz speciell auf das Erforderniß des Titels und die Zulassung eines sog. Putativtitels; eigentlich sei nämlich ein wirklicher, d. h. factisch vorhandener und rechtlich gültiger, Titel nothwendig, indessen sei hier angenommen, daß einzelne Mängel am Titel durch entschuldbaren factischen Irrthum unschädlich gemacht werden könnten, nicht aber durch Rechtsirrthum; nur hierauf bezögen sich die angeführten Stellen und die ganze Regel, und darum könne von ihnen bei der außerordentlichen Verjährung, wo gar kein Titel gefordert werde, auch keine Anwendung gemacht werden.

Allein eine solche Beschränkung der Regel ist in den Quellen in gar keiner Weise begründet. Schon in den allgemeinen Titel de juris et facti ignorantia (22, 6) ist in L. 4. der Satz ganz allgemein aufgenommen: „Juris ignorantiam in usucapionibus negatur prodesse" und ebenso wird er auch in den Titeln über die Usucapion selber stets allgemein ausgesprochen, in zwei Stellen zwar mit Anwendung auf Mängel am Titel, aber so, daß die Regel als allgemein feststehende vorausgesetzt wird und daraus nur Consequenzen für den concreten Fall gezogen werden; so in

L. 31. pr. de usucap.: N u n q u a m in usucapionibus iuris error possessori prodest, et i d e o etc.

L. 2. §. 15. pro emtore. — non capies usu, q u i a iuris error n u l l i prodest.

In einer Stelle findet sich aber auch eine Anwendung ohne alle Beziehung zum titulus, nämlich in L. 32. §. 1. de usuc.:

Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, quia in iure erranti non procedat usucapio.

Irrthümliche Annahme eines gesetzlichen Usucapions-Verbotes soll die Usucapion verhindern, weil bei Rechtsirrthum keine Usucapion stattfinde. Die Anwendung der Regel ist hier zwar etwas sonderbar, weil der Irrthum hier ein superfluum bei der Usucapion trifft, und dabei eigentlich die Regel gelten sollte: „plus est in re quam in existimatione mentis"; indessen beweist die Stelle gerade darum die

Allgemeinheit der Regel nur um so schlagender. Denn die Regel mußte wohl sehr unzweifelhaft für ganz allgemein gültig gehalten werden, wenn ein Jurist sie zu so eigenthümlicher Anwendung benutzen konnte! Bestätigt wird dies auch durch einen historischen Grund. Die Regel erscheint in den obigen Stellen als eine feste, althergebrachte, schon im Anfange der Kaiserzeit, während die neueren Untersuchungen von Stintzing, Schirmer und namentlich Fitting festgestellt haben, daß die Zulassung der Putativtitel erst in jener Zeit ihre ersten Anfänge gehabt hat. (Archiv f. d. civ. Praxis 52, 416.) Somit muß die Regel vorher eine allgemeine Geltung und ein anderes Gebiet der Anwendung gehabt haben als den Putativtitel, nämlich einfach das des Eigenthums des Auctors, sowie sein Recht und seine Fähigkeit zur Veräußerung. Es ist bei der Allgemeinheit der obigen Aussprüche in der That auch nicht der mindeste positive Grund da, die Anwendung der Regel in diesen Beziehungen zu bezweifeln, wie man sie denn auch früher bei uns nie bezweifelt hat. Das Eigenthümliche des Putativtitels besteht nur darin, daß, während das ältere Recht unbedingt wirkliche Thatsachen eines Titels verlangte, und bei bloßem „error falsae causae“ keine Usucapion, gab

L. 27. D. de usucap. §. 11. I. de usucap.,

das spätere Recht sie bei besonderer „iusta causa erroris“ zugelassen hat.

L. 11. D. pro emtore.

L. 5. §. 1. D. pro suo.

Daß aber bei rechtlichen Mängeln am Titel ein Rechtsirrthum darüber nichts nützte, war nichts Neues, sondern nur eine festgehaltene Anwendung der alten Regel, daß „error iuris in usucapionibus non prodest.“

Die allgemeine Anwendung der Regel wird endlich auch noch dadurch weiter begründet, daß sie im römischen Rechte selber wieder nur als eine Anwendung eines noch allgemeineren Princips erscheint, nämlich als eine Consequenz des bekannten und vielbesprochenen Satzes der L. 7. und 8. D. de iuris et facti ign. (22, 6):

Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus (l. 8.: in damnis amittendae rei suae), non nocet.

Allerdings hat Savigny (System Bd. 3. S. 344—353) diesen ganzen Satz für völlig unbrauchbar und für eine unbegründete Abstraction und Verallgemeinerung aus einzelnen spezielleren Entschei-

dungen erklärt, und darauf fußend hat auch Wächter im Gutachten S. 18. jede Anwendung desselben auf die vorliegende Frage bestritten. Nun ist es auch wohl außer Zweifel, daß jene Sätze als allgemeines Princip für die Behandlung des Irrthums (mit Geltung aller irgendwie daraus zu ziehenden Consequenzen) nicht brauchbar sind. Andererseits kann man aber doch auch die beiden Stellen, die beide von Papinian, dem größten der römischen Juristen, sind, nicht einfach für gedankenlosen Unsinn erklären. Wenn sie auch in den Pandekten aus ihrem natürlichen Zusammenhange herausgerissen sind, so sind doch ihre Worte und Gedanken an sich unzweifelhaft ächt, und man muß nur auf diese, wie auf alle s. g. „regulae iuris", das Princip der L. 1. D. de R. J. (50, 17) anwenden:

Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. d. h. alle solche Regeln enthalten allgemeine natürliche Gesichtspunkte der Billigkeit und Zweckmäßigkeit, die in der Entscheidung einzelner Fälle und Rechtsfragen hervorgetreten sind und dabei als Entscheidungsmotiv gedient haben, und die darum stets zur Erläuterung und Feststellung der maßgebenden Ideen bei den concreteren Rechtssätzen dienen können und müssen. So ist es auch hier. Der allgemeine Gedanke ist, daß die Rechtsunkenntniß im Allgemeinen strenger zu beurtheilen ist, wenn es sich um Erlangung eines Vortheiles handelt, als wenn um Eintritt oder Abwendung eines Nachtheiles; der speciellere Rechtssatz ist, daß der Rechtsirrthum zwar für den Erwerb durch Usucapion nicht nützt, wohl aber die Annahme eines Delictes und den Eintritt seiner nachtheiligen Folgen ausschließt. Wenn Savigny dagegen einwendet, die beiden Begriffe Gewinn und Verlust seien zu unbestimmt und relativ und vom Zeitpunkte der Beurtheilung abhängig, so ist das im Allgemeinen ganz richtig, im Einzelnen läßt sich aber der Standpunkt, den die Gesetzgebung bei den einzelnen Rechtsinstituten zunächst einnimmt, sehr wohl bestimmen. Bei der Usucapion namentlich handelt es sich nach der römischen Auffassung zunächst um die „adeptio domini" (Ulp. 19, 8. l. 3. de usuc.), d. h. den Erwerb eines Eigenthums, was man an sich noch nicht hat. Allerdings kann es sein, daß der Usucapient, wie Savigny (S. 350) geltend macht, die Sache gekauft hatte und vom Verkäufer keinen Ersatz bekommen kann, und folglich die Usucapion zur Abwendung dieses Schadens für ihn dienen würde. Allein dieses obligatorische Verhältniß des Usucapienten zu seinem auctor kann natürlich den

rechtlichen Charakter der Usucapion als Erwerbes fremden Eigenthums im Verhältnisse des Usucapienten zu dem bisherigen, jetzt das Eigenthum verlierenden, Eigenthümer nicht ändern. Demgemäß ist auch in unserer Theorie stets allgemein angenommen, auch von Wächter selber (im Württemb. Priv. R. 2, 123 n. 17), daß in der L. 7. cit. die Worte „acquirere volentibus“ sich gerade vorzugsweise auf die Usucapion beziehen. Ist aber dieses, so ist damit die Allgemeingültigkeit der Regel „in iure erranti usucapio non procedit“ nach den obigen Ausführungen von selber erklärt und zugleich auch bestätigt.

Daß nun aber mit der Anerkennung der Allgemeingültigkeit der Regel und der Bestätigung ihrer Beschränkung auf den Putativtitel von selbst auch jeder Grund wegfällt, sie auf die ordentliche Ersitzung zu beschränken und bei der außerordentlichen auszuschließen, bedarf nach den obigen Ausführungen keiner besonderen Begründung mehr und es mag daher nur noch hervorgehoben werden, daß die Ansicht, auch bei der außerordentlichen Verjährung sei Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich, in unserer Theorie durchaus die vorherrschende ist, wie die neueren Lehrbücher zeigen:

v. Vangerow, Pandekten. Bd. 1. §. 325.
Windscheid, Pandekten. Bd. 1. §. 183.
Arndts, Pandekten. §. 164.

III. Die einzelnen Beweismittel.

Es ist nunmehr zu der Prüfung der einzelnen von den Parteien versuchten Beweisführungen überzugehen. Dabei ist zunächst das Beweisthema und die Beweislast in drei Beziehungen näher festzustellen.

1) Das Beweisthema ist in dem Beweisinterlocute der Halleschen Facultät, welches in dem (Berliner) Urtheile der dritten Instanz bestätigt ist, wörtlich dahin gestellt:

„daß Frau v. Wülknitz bei ihrem Besitze des Gutes Gollmenglin in mala fide gewesen sei“.

Dabei sind die beiden Urtheile davon ausgegangen, daß die bona fides zwar als ein Erforderniß der eingewendeten Verjährung anzusehen sei, daß sie aber vermuthet werde und daher der Gegner die

mala fides beweisen müsse. In dem Berliner Urtheile ist dann noch weiter ausgeführt, daß dieser Beweis zwar durch das Testament und seine Publication zunächst eigentlich geführt sei, daß er aber doch durch die vom Gegner angeführten Gründe, namentlich durch die Berufung auf das damals noch nicht producirte Göttinger Gutachten wieder zweifelhaft werde, und darum die Prüfung der gesammten Beweisführung dem Endurtheile vorbehalten bleiben müsse. Es ist dies in den Verhandlungen des Beweisverfahrens in verschiedener Weise mißverstanden. Einerseits hat man gemeint, daß damit der Beweis der mala fides an sich rechtskräftig feststehe und es sich nur noch um den Gegenbeweis der bona fides handle, andererseits hat Wächter (S. 30) darin einen Widerspruch zwischen der Entscheidung und ihren Gründen gesehen, weil dann dem Verklagten der Beweis der bona fides hätte auferlegt werden müssen. Beides ist unbegründet. Bei dem Beweise und Gegenbeweise einer einzelnen Thatsache, namentlich eines inneren Zustandes, wie bona oder mala fides, kann man die Beweisgründe und Mittel für und gegen, oder Haupt- und Gegenbeweis, nicht so trennen, daß im Falle einer Anticipation des einen Beweises über diesen sofort erkannt und die Gegengründe selbständig zum Gegenbeweise verstellt würden; — es würde dadurch der schon übergroße Formalismus unserer Beweistheorie ins Unerträgliche gesteigert und überdies der Inhalt der Präsumtion doch wieder zum Beweise verstellt werden; vielmehr kann dann nur der ganze Beweis und Gegenbeweis zum selbständigen Verfahren gestellt werden, um nachher einer freien Prüfung der ineinander eingreifenden Gründe und Gegengründe Raum zu geben. Natürlich versteht sich bei dieser Behandlung der Sache von selbst, daß dann auch die in den Entscheidungsgründen eines solchen Beweisinterlocutes etwa schon ausgesprochenen Ansichten über einzelne Beweispunkte keine Rechtskraft erlangen und dem späteren Urtheile über die ganze Beweisführung in keiner Weise präjudiciren können, weder zum Vortheile noch zum Nachtheile der einen oder andern Partei. Im vorliegenden Falle ist daher für den Beweis der mala fides der Frau v. W. noch vollständig res integra.

2) Der Wortlaut der Beweisauflage ist in Betreff der Zeit der mala fides der Frau v. W. völlig unbeschränkt. Dennoch ist in dem Tübinger Urtheile und dem Wächter'schen Gutachten angenommen, daß gegenwärtig nur noch der Beweis eines mala fides superveniens

in Betracht kommen könne, weil der Beweis, daß die Frau v. W. schon bei der ersten Ergreifung des Besitzes von Gollmenglin in mala fides gewesen sei, nicht besonders nachgelassen und jedenfalls vom Kläger nicht angetreten sei.

Mit Recht ist diese Annahme schon in dem (Gießener) Erkenntnisse der vorigen Instanz für unbegründet erklärt. Das Beweisthema lautet ganz allgemein und der Kläger hat einen Verzicht auf jenen Beweis nirgends ausgesprochen, er hat im Gegentheil zunächst in Art. 15—17 seine Beweisantretung allgemein darauf gerichtet, daß jeder Besitzer als unredlicher zu behandeln sei, der Thatsachen und Verhältnisse wisse, die ihn fremde Ansprüche erwarten lassen müßten, und daß solche Thatsachen der Frau v. W. in der That vielfach bekannt geworden seien, wie namentlich das Testament ihres Bruders, dessen Dasein und Inhalt ihr schon vor seiner Publication bekannt geworden sei.

Ganz speziell sind dann aber weiter die Artikel 55 a. — c. und 67—69 direct mit auf die mala fides der Frau v. W. bei der Besitzergreifung gerichtet, indem sie darauf gehen, daß die Frau v. W. nicht sowohl als Erbin, sondern vielmehr wegen anderer Ansprüche die Besitzergreifung vorgenommen hätte. Ob oder wie weit dieses richtig und von Einfluß ist, ist hier noch nicht zu untersuchen, nur daß die Beweisantretung die anfängliche mala fides der Frau v. W. nicht umfasse, wird dadurch vollständig widerlegt. Im Uebrigen hat aber das Gießener Urtheil mit Recht hervorgehoben, daß eine freie Beweisprüfung von selber dem Richter Recht und Pflicht gebe, aus sämmtlichen dargebrachten Thatsachen die sich ergebenden Schlüsse auf die eigentliche Beweisaufgabe zu ziehen, und daß, wenn sich danach ein Mangel des redlichen Bewußtseins bei der Frau v. W. schon für die Zeit der Besitzergreifung ergebe, der Richter berechtigt und verpflichtet sei, dieses anzuerkennen und die Folgen davon auch für die spätere Zeit weiter in Betracht zu ziehen.

3) Die Beweisauflage der mala fides ist nicht so zu verstehen, als ob der Kläger beweisen müsse, daß Frau v. W. im vollen Bewußtsein und in der vollen Ueberzeugung ihres Unrechtes gewesen wäre. Vielmehr ist mala fides alles was nicht bona fides ist. Wenn daher die bona fides den oben gegebenen Ausführungen zufolge als die Redlichkeit der Gesinnung, als gerechtfertigter Glaube, aufgefaßt werden muß, so versteht sich, daß der Beweis der mala fides nicht

auf das factische subjective Glauben der Frau v. W. beschränkt ist, sondern auch durch die Widerlegung der Rechtfertigung ihres Glaubens geführt werden kann, und daß anderseits der Gegenbeweis nicht auf das factische Glauben beschränkt sein darf, sondern die Rechtfertigung mit umfassen muß.

Dabei ist in dem Tübinger Erkenntnisse ein Unterschied gemacht, je nachdem man die in Frage stehende Verjährung als acquisitive oder extinctive auffasse; im ersten Falle müsse die bona fides eine positive, absolute, allen Dritten gegenüber begründete sein und erfordere daher den Beweis eines sogenannten Putativtitels, im letzteren genüge die negative, relative Unkenntniß des klägerischen Rechts. Diese Unterscheidung ist nicht zu billigen. Selbst für das gemeine Recht stehen ihr erhebliche Bedenken entgegen, für das sächsische Recht ist aber bei der Auflage des Beweises sowohl in dem Hallischen als dem Berliner Urtheile übereinstimmend die Ansicht der Sächsischen Theorie und Praxis zu Grunde gelegt, wonach es nur eine Verjährung von 31 Jahren 6 Monaten 3 Tagen giebt, die zugleich Klage und Einrede begründet, also acquisitiv ist und stets gleichmäßig Besitz und bona fides aber keinen Titel fordert, bei der aber die bona fides stets vermuthet wird. An dieser als Einrede rechtskräftig zugelassenen einheitlichen Verjährung ist daher festzuhalten, und nur danach die zum Beweise verstellte mala fides zu beurtheilen. Das Erforderniß eines Putativtitels ist dadurch nicht gegründet. Es ist falsch, daß es im Begriffe der bona fides von selber enthalten sei. So wenig ein Titel eine Garantie für die bona fides giebt, so wenig ist er auch zu ihrem Dasein nothwendig, wie der Putativtitel zeigt.

§. 9.

Bei der Prüfung der einzelnen Elemente der Beweisführung sind es hauptsächlich folgende Punkte, von deren Beurtheilung die Entscheidung abhängt:

1) Die Besitzergreifung von Gollmenglin,
2) das Testament,
3) das Göttinger Gutachten,
4) der Dresdener Prozeß mit dem Leipziger Urtheile.

1. Die Besitzergreifung.

Bei der Besitzergreifung von Gollmenglin kommen folgende Thatsachen in Betracht: Der alte Graf starb im Jahre 1765 in Gieß-

hübel in Sachsen, einem Bade 4 bis 5 Meilen hinter Dresden im Gebirge an der bömischen Grenze. Frau v. W. wohnte damals in Krücheln, einem Gute zwischen Bernburg und Cöthen gegen 30 Meilen von Gießhübel. Sie stand mit dem Grafen seit Jahren in erklärtester Feindschaft, hatte aber schon im Jahre 1764 den Versuch gemacht, den Grafen wegen angeblicher Geistesschwäche zu sich zu nehmen und unter cura stellen zu lassen; sie war damit zwar in zwei Instanzen abgewiesen, hatte aber nochmals appellirt und im April 1765 noch eine neue Exploration vornehmen lassen. Der Graf starb am 25. August Nachmittags 1 Uhr. Schon am 27. Mittags gab in Zerbst, was wieder noch 5 Meilen von Krücheln entfernt ist, der Advocat der Frau v. W. einem dortigen Notar den Auftrag, schleunigst nach dem 2 Stunden entfernten Gollmenglin zu fahren, um dort für die Frau v. W. einen förmlichen Besitzergreifungsact vorzunehmen, und zwar mit solchem Drängen nach Eile, daß der Notar es besonders hervorhebt, er habe auf die Pferde 3 Stunden warten müssen. Gleich am folgenden Tage, 28. August, reichte sie darauf bei der Regierung in Zerbst eine Erklärung ein, daß sie „nicht allein" wegen ihres Intestaterbrechts gegen ihren Bruder, „sondern auch" wegen Ansprüche gegen denselben aus ihrer mütterlichen Erbschaft sich zu dem übrigen Allodialnachlasse ihres Bruders salvo beneficio inventarii melden wolle und bitte, ihr die „Besitznahme angedeihen zu lassen". Gleichzeitig oder schon vorher muß sie nach Dresden den Antrag auf Publication des Testaments des Grafen gerichtet haben, da diese bereits am 31. August in Gegenwart eines Bevollmächtigten von ihr und ihres Neffen, des Hauptmann v. St., „auf ihr Ansuchen" vollzogen wurde. Sechs Tage nachher, am 6. September, ließ sie bei dem Dresdener Gerichte die Erklärung abgeben, daß sie sich wegen Antretung der Erbschaft noch besinnen wolle. Der Hauptmann v. St. aber stellte später (in dem Processe von 1811) die Sache so dar, als habe seine Tante den Besitz der Anhalter Allodialgüter allein oder wenigstens hauptsächlich zur Sicherung ihrer Ansprüche aus der Erbschaft ihrer Mutter und ihres andern Bruders ergriffen.

Bei der rechtlichen Prüfung dieser Besitzergreifung ist vor Allem die außerordentliche Hast und Eile, mit der sie vorgenommen wurde, auffallend. Bei der Langsamkeit der Verkehrs- und Mittheilungsmittel in damaliger Zeit, kurz nach dem Ende des siebenjährigen Krieges,

war eine solche Schnelligkeit gar nicht anders möglich, als dadurch, daß längst vorher Alles vorbereitet war und außerordentliche Maßregeln für den Fall des Todes des Grafen, der ja nach dem ärztlichen Atteste vom 13. März 1765 längst erwartet wurde, angeordnet waren. Unwillkürlich drängt sich dabei die Frage auf, warum, wozu diese eigentlich unanständige Hast? Die Frau v. W. war ja zweifellos die einzige Schwester und Intestaterbin des Grafen. Sie hatte ja somit, wenn kein Testament da war, nicht die allermindeste Erb-Prätension, Collision oder auch nur Concurrenz zu fürchten. Die einzige Gefahr wäre etwa wegen des S.'schen Hauses in Dresden zu fürchten gewesen. Die Hast beweist daher jedenfalls, daß Frau v. W. wenigstens nicht unbefangen war, daß sie jedenfalls fremde Ansprüche fürchtete und natürlich keine anderen als aus einem Testamente! Daß der Graf ein Testament gemacht habe, wußte sie sicherlich, sie wußte es jedenfalls seit dem S.'schen Hauskaufe, bei dem ja das Fideikommiß bestätigt war, und selbst wenn sie es nicht direkt gewußt hätte, hätte sie es bei der Feindschaft, in der sie seit mehr als zehn Jahren mit dem Grafen lebte, von selbst annehmen müssen. Es ist auch, wie schon in dem Tübinger Erkenntnisse hervorgehoben ist, von Seiten des Hohen Herrn Verklagten nie die Behauptung aufgestellt, daß sie es nicht gewußt habe. Jedenfalls mußte sie es aber am 28. August, wo sie in Krücheln die Eingabe an die Zerbster Regierung schrieb, bereits wissen; denn da die Eröffnung in Dresden am 31. August schon auf ihr Ansuchen geschah, so sind die zwei Zwischentage das minimum für die Bewirkung dieses Antrags. Daß sie mit dem Testamente auch von seinem Inhalte, namentlich der Fideikommiß-Stiftung, im Allgemeinen Kenntniß hatte, kann kaum anders angenommen werden, ist aber gleichgültig, da sie so viel jedenfalls von selber wußte, daß *sie* selber keinenfalls zur Erbin eingesetzt wäre. Anderseits konnte sie aber keinenfalls schon wissen, daß ein einziger ungenauer Ausdruck in dem Testamente einem geschickten Advokaten Anhalt geben könnte, die Gültigkeit des Testamentes anzufechten. Höchst eigenthümlich und widersprechend ist unter diesen Umständen ihr Benehmen bei der Erbschaft, daß sie erst einfach als Intestaterbin Besitz von Gollmenglin ergreift, dann sich als Intestaterbin cum beneficio inventarii bei der Zerbster Regierung meldet, zu gleicher Zeit um Eröffnung des Testamentes bittet, und endlich wenige Tage nachher beim Dresdener Gerichte erklärt, sie wolle sich

wegen Antretung als Intestaterbin besinnen. Die Erklärung dafür ist offenbar in dem enthalten, was sie selbst in ihrer Erklärung an die Zerbster Regierung ziemlich naiv als Nebengrund angiebt und was später ihr Neffe unverblümt als Hauptgrund angeführt hat, nämlich daß sie eigentlich gar nicht die Erbschaft als solche beanspruchen, sondern nur ihre angeblichen Ansprüche aus der Erbschaft ihrer Mutter und ihres andern Bruders sichern wollte. Auf die Erbschaft ihres eben verstorbenen Bruders machte sie sich eigentlich gar keine Hoffnung, weder ab intestato noch ex testamento; wenn sie aber zur Sicherung ihrer gedachten Ansprüche den im Anhaltischen belegenen Theil der Erbschaft in Besitz nehmen wollte, um das „commodum possessionis“ zu erlangen, so konnte sie dieses natürlich unter keinem anderen Vorwande thun, als unter dem des eigenen Intestaterbrechtes. Dann aber mußte sie dies natürlich auch so schnell als möglich nach dem Tode des Erblassers thun, noch ehe das Testament eröffnet war; denn da den Anhaltischen Behörden von dessen Existenz natürlich nichts bekannt war, so konnte sie es ruhig wagen, zu gleicher Zeit in Anhalt um die Zuweisung der Intestaterbschaft und in Dresden um die Testaments-Eröffnung zu bitten. Natürlich dachte und sagte ihr auch ihr Advokat, wenn sie nur erst im Besitze sei, so werde sich auch wohl gegen das Testament, wenn man es erst kenne, schon der eine oder andere Anfechtungsgrund auffinden lassen, jedenfalls müsse man den Versuch machen, aus der durch die Exploration vom 13. März 1765 konstatirten Geistesschwäche des Grafen, eine Anfechtnng gegen die Gültigkeit des Testamentes von 1755 herzuleiten. Diese letztere Absicht ergiebt sich aus den Anfragen zu dem Göttinger Gutachten vom Januar 1766. Darin ist die erste auf die Ungültigkeit wegen Wahnsinns gestellt, und ganz ungescheut mit den frivolsten Gründen aus dem Inhalte des Testamentes, weil es „wunderliche Dinge“, nämlich die Bestimmungen über die Lehngüter, die Fideikommiß-Kapitalien u. a. enthalte, substantiirt.

Die Frage nach der bona fides der Frau v. W. bei der Besitzergreifung von Gollmenglin beantwortet sich hiernach wohl ziemlich einfach. Insofern sie die Besitzergreifung zur Sicherung ihrer oben bezeichneten anderweitigen Ansprüche vornahm, war dies reine unerlaubte Eigenmacht und Selbsthülfe, bei der von bona fides für Verjährung gar keine Rede sein kann. Insofern sie es aber zur

Ausübung ihres angeblichen Intestaterbrechtes that, kann, da ihr die Existenz des Testamentes bekannt war, von bona fides wieder keine Rede sein. Dem wirklichen Erben ist allerdings eigenmächtige Hinnahme der Erbschaftssachen erlaubt, aber auch nur Diesem, und wirklicher Erbe kann man natürlich nicht vor der Delation sein, diese aber ist für die Intestaterben nicht möglich, so lange sie ex testamento möglich ist.

L. 39. D. de a. v. o. h. (29, 2);

L. 89. D. de R. J. (50, 17).

Auch kann man hier nicht, wie später, sagen, die Frau v. W. und ihr Advocat hätten wenigstens subjectiv das Testament für ungültig gehalten. Denn ohne eine genaue Kenntniß des Testamentes, und zwar seines Wortlautes, war dies gar nicht möglich, und diese konnten sie vor der Eröffnung nicht haben, wenigstens nicht in beweisender Form. Somit setzte sie sich ohne alles Recht und auch ohne allen Glauben an ein Recht, nur in der Hoffnung, vielleicht noch einen Anhalt für einen Anspruch aufzufinden, in omnem eventum in den Besitz, um dann als beatus possessor ruhig den weiteren Erfolg abzuwarten.

Aber selbst in dem ganz unwahrscheinlichen Falle, daß sie am 27. August bei der Besitznahme von Gollmenglin die Existenz des Testamentes noch nicht sicher gewußt hätte, war ihr Benehmen kein redliches und in gutem Glauben. Es ist schon oben gezeigt, wie ihre Hast bei der Besitznahme jedenfalls nur aus ihrer Furcht vor einem Testamentserben zu erklären ist, und sie somit keinenfalls im Glauben an ihr Recht den Besitz ergriff, sondern nur um sich für alle Eventualitäten und hauptsächlich zur eventuellen Sicherung ihrer sonstigen angeblichen Ansprüche die Vortheile des Besitzes zu verschaffen. Dazu kommt dann das ganz unzeideutige Benehmen vom 28. August, wo sie sich bei der Zerbster Regierung für die unzweifelhafte Intestaterbin ausgiebt, während sie zugleich in Dresden auf Eröffnung des Testamentes anträgt. Und endlich, daß nachdem sie in Zerbst am 28. August erklärt hat, sie melde sich salvo beneficio inventarii zur Erbschaft, sie am 6. September in Dresden erklärt, sie wolle sich über Antretung der Erbschaft weiter besinnen. Da die Besitznahme vom 27. August den Protokollen nach eine ganz unbedingte war, also eine volle pro herede gestio enthielt, so war eigentlich schon die Beneficialerklärung vom

28. August unzulässig, noch viel mehr aber die Erklärung vom 6. September. Sie zeigt, wie die Frau v. W. vollständig doppeltes Spiel in Zerbst und in Dresden spielte. Daß dabei von bona fides keine Rede sein kann, bedarf demnach keines weiteren Beweises mehr.

2. Das Testament.

§. 10.

Frau v. W. hatte sich also eigenmächtig ohne den Glauben an ein Recht, ja ehe ihr über ein etwa mögliches Recht ein Urtheil nur möglich war, in den Besitz von Gollmenglin und überhaupt der Erbschaft ihres Bruders, so weit sie konnte, d. h. so weit sie in Anhalt belegen war, gesetzt. Welchen Einfluß hatte nun das am 31. August eröffnete Testament? War es destitut und nichtig? oder hielt es Frau v. W. wenigstens für richtig, und hatte sie rechtlichen Grund dazu? Dies sind die Fragen, die bei Erwägung des Testamentes hervortreten. Die erste ist in den drei Erkenntnissen des ersten Verfahrens einstimmig verneint und damit in ihrer unmittelbaren Bedeutung für die Rechte des Klägers aus dem Testamente rechtskräftig entschieden. Mit Recht macht indessen Wächter (S. 32) geltend, daß diese Entscheidung für die Beurtheilung der bona oder mala fides der Frau v. W. nicht maßgebend sein könne; wenn der jetzige Richter jene Entscheidung für irrig halte, und annehme, daß das Testament doch eigentlich destitut gewesen und mit Unrecht in jenen Erkenntnissen für gültig erklärt sei, so falle damit nicht nur jeder Grund zu einem Zweifel daran, daß Frau v. W. es für gültig gehalten habe, von selber weg, sondern ihr Glaube an die Gültigkeit erscheine dann den ungerechten Erkenntnissen gegenüber auch als vollständig gerechtfertigt, er sei dann der an sich allein richtige gewesen, somit ihre optima fides von selbst bewiesen; der ganze Zweifel über ihren Glauben an die Gültigkeit des Testamentes und die Rechtfertigkeit ihres Glaubens sei überhaupt nur möglich, wenn man das Testament wirklich an sich für ungültig halte. Dieser Standpunkt muß an sich als vollständig richtig anerkannt werden, indessen sind die Gründe, die Wächter gegen die Gültigkeit des Testamentes und gegen die Richtigkeit der früheren Entscheidung einwendet, nicht ausreichend, auch scheint seiner Argumentation ein Mißverständniß wenigstens in Be-

treff des dritten (Berliner) Erkenntnisses zu Grunde zu liegen. Er stellt an die Spitze seiner ganzen Deduction in §. 22. den Satz:

„Die Urtheile, welche das Testament für gültig erklärten, stützten sich auf die Annahme, daß der Erblasser seine Vetter nicht blos in dem Fideicommisse seinen Kindern substituirt habe, sondern daß in dem Testament auch eine Substitution der Vettern als Erben liege, daß sie also den im Testamente zu Erben ernannten Kindern vulgariter substituirt seien."

Gegen diese Annahme hat Wächter dann die schon früher dagegen aufgestellten Gründe dahin ausgeführt: Der Erblasser habe zu wirklichen Erben nur seine zu erwartenden Kinder eingesetzt, diese aber dem Erfolge nach auf ihre Pflichttheile beschränkt, und ihnen die Herausgabe der übrigen Erbschaft als ein Fideicommiß auferlegt, was also gar nicht die ganze Erbschaft umfasse; nur zu diesem Fideicommisse habe er dann eventuell auch die Vettern berufen, und bei Ermangelung von Kindern sei daher das Testament destitut geworden, da eine Vulgarsubstitution für die Kinder nicht angeordnet sei; es sei daher Intestatsuccession eingetreten, und das Fideicommiß könne höchstens aus der Codicillarklausel aufrecht erhalten werden; „von einer Berufung der Vettern zur Erbschaft als Vulgarsubstituten der Kinder könne gar keine Rede sein," da sie sogar in das Fideicommiß nur „nach Abgang" der Kinder berufen seien, also nur wenn Kinder gekommen, d. h. geboren und in die Erbschaft und das Fideicommiß eingetreten, und wieder abgegangen, d. h. gestorben wären.

Jene ganze Voraussetzung, daß die genannten Erkenntnisse die Vettern als Vulgarsubstituten der Kinder angesehen hätten, ist nun aber durchaus unrichtig. Schon das erste (Göttinger) Urtheil sagt, die eingesetzten Kinder seien nicht „als Fiduciarerben anzusehen, von welchen der erste Fideicommißberechtigte sein Recht empfangen sollte, sondern dieser ist selber Erbe und seinerseits mit dem Fideikommiß belastet." Noch bestimmter ist aber in dem dritten (Berliner) Urtheile gleich der Gegensatz an die Spitze gestellt, daß eine doppelte Auffassung denkbar oder möglich sei, entweder die, die von der Frau v. W. geltend gemacht und auch von Wächter vertheidigt wird, oder die, die bereits in dem Göttinger Urtheil angedeutet ist, daß nämlich die Kinder gar nicht auf die ganze Erbschaft eingesetzt

und nur über den Pflichttheil hinaus mit einem Fideikommiß belastet sind, sondern daß sie überhaupt ganz und gar nur auf den Pflichttheil eingesetzt sind, die übrige Erbschaft aber zu einem selbstständigen deutschrechtlichen Familienfideikommisse bestimmt ist, in der Weise, daß der erste Fideikommißberechtigte als eigentlicher Erbe neben den Kindern eingesetzt ist, insofern also Fiduciar und erster Fideikommissar in einer Person ist, das Fideikommiß also von der Existenz anderer Erben neben ihm und einer Vulgarsubstitution für diese andern Erben völlig unabhängig ist. Gegründet ist diese Auffassung auf die Worte des Testaments:

— setze ich — meine Kinder — zu meinen Universalerben, — jedoch nicht höher als zum Pflichttheile, — alle mein übriges Vermögen — soll zu einem ewigen — Fideikommiß zur Conservirung der Metzschen Würde — ausgesetzt sein, dergestalt daß ꝛc. —

Gegen diese Auffassung selber macht nun Wächter folgende Einwendungen:

1. „Hiernach scheint das Berliner Urtheil davon auszugehen, es liege in der Natur des deutschen Familienfideikommisses, daß stets der erst berufene Fideikommissar zugleich als Fiduciar, somit als eingesetzter, mit Restitution des Fideikommisses belasteter Erbe berufen gelte.“ Allein es ist nirgend gesagt, daß dieses eine wesentliche Eigenheit des deutschen Familienfideikommisses sei, die stets eintreten müsse, sondern nur, daß es eine Eigenthümlichkeit sei, die eintreten könne und im vorliegenden Falle wirklich eingetreten sei.

Im Römischen Rechte ist das Familienfideikommiß nur als eine Reihe successiver Vermächtnisse für eine Reihe einzelner Personen gedacht, wobei der erste Fideikommissar stets noch einen Erben vor sich haben muß, dem als Fiduciar die Herausgabe des Fideikommisses aus der Erbschaft auferlegt ist. Auch wenn das Fideikommiß nur für die Familie des Erben selber angeordnet ist, kann doch nie er selber als erster Fideikommissar sondern immer nur als Fiduciar aufgefaßt werden. Das Deutsche Recht faßt das Familienfideikommiß dagegen mehr wie eine Art Vermögensstiftung für eine Familie auf, in die die Mitglieder der Familie nach einander eintreten sollen, so daß der Erste, der eintritt, stets der erste Fideikommissar heißt, wenn er auch keinen Fiduciar vor sich hat. Dies

zeigt sich namentlich schon darin, daß man ein Familienfideicommiß auch durch einen Act unter Lebenden stiften kann, und dann darin, daß, wenn man bei testamentarischer Stiftung sein ganzes Vermögen zu einem Fideikommisse bestimmt, der erste zu dem Fideikommiß Berufene und Berechtigte eben der Erbe selber ist, also, wenn man die römischen Begriffe von Fiduciar und Fideikommissar darauf anwenden will, der Erbe Beides zugleich in einer Person ist. Daß man indessen ein Fideikommiß auch so errichten kann, daß man einen Erben einsetzt, und dann ein Landgut oder einen Theil der Erbschaft zum Fideikommisse bestimmt, und dessen Herausgabe an den ersten Fideikommissar dem Erben auferlegt, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel, und ist auch in dem Berliner Erkenntnisse in keiner Weise ausgeschlossen.

2. Im Anschlusse an den obigen Satz fährt Wächter weiter fort: „Allein es scheint ihm (dem Berliner Urtheile) schließlich doch (aber nicht im Einklange mit der vorangegangenen Ausführung) der Nachweis einer im Testamente enthaltenen Vulgar-Substitution der Fideikommißfolger zur Gültigkeit des Testamentes nöthig zu sein, indem es im weiter Folgenden diesen Nachweis zu führen sucht.“ Allein von einer Substitution der Vettern unter die auf ihre Pflichttheile eingesetzten Kinder ist in dem Urtheile überall gar keine Rede. Allerdings ist ausgeführt, daß nach heutiger Anschauung bei der indirekten oder fideikommissarischen Substitution die Absicht des Testirers in der Regel eventuell auch auf eine direkte oder vulgare Substitution gerichtet sei, d. h. wer will, daß ein zweiter Erbe nach dem ersten eintritt, will in der Regel auch, daß er statt desselben eintritt, falls dieser gar nicht Erbe werden sollte; allein begreiflicher Weise bezieht sich die ganze Deduction in dem Urtheile nur und lediglich auf die Succession in das Fideikommiß. Der Graf v. M. hatte ja die ganze Erbschaft nach Ausscheidung der Pflichttheile der zu erwartenden Kinder zum Fideikommisse ausgesetzt, und in dieses primo loco seinen zu erwartenden erstgeborenen Sohn eingesetzt. Dieser war also doppelt eingesetzt, als gewöhnlicher Erbe in seinen Pflichttheil, und dann als erster Fideikommißberechtigter in die übrige Erbschaft, sofern sie zu einem Fideikommisse ausgesetzt war. Diesem Erstgeborenen war dann die ganze übrige und weitere etwaige Descendenz, nicht nur die agnatische, sondern eventuell auch die cognatische, fideikommissarisch für den Fall des Absterbens und vulgar für den Fall des gar nicht

Erscheinens substituirt. Der gesammten Descendenz waren dann weiter die Agnaten substituirt, diese aber dem Wortlaute nach mit dem Ausdrucke „nach Abgang meiner Descendenten". Buchstäblich genommen bezeichnet dieser nur die fideikommissarische Substitution, d. h. den Fall, wenn Descendenten gekommen, aber wieder abgegangen sind, nicht auch die vulgare, d. h. wenn sie gar nicht gekommen sind. Daß nun hier aber der Absicht des Testirers nach unzweifelhaft auch eine Substitution für diesen zweiten Fall anzunehmen sei, daß also für das Fideikommiß in der fideikommissarischen Substitution die vulgare mit enthalten sei, das allein war es, was das Berliner Urtheil nachzuweisen beabsichtigen konnte. Mit diesem Beweise ist die Gültigkeit des Testamentes von selber erwiesen, denn sobald man den ersten Fideikommißberechtigten als wirklichen heres fiduciarius ansieht, so ist durch eine Vulgar-Substitution für diesen das Testament vor Destitution gesichert. Ob den Kindern für ihre Pflichttheile Substituten gesetzt waren oder nicht, ist nach diesem Standpunkte für die Gültigkeit des Testamentes völlig gleichgültig; hatten sie keine Substituten, so entschied bei ihrem Ausfalle über ihre Erbtheile einfach das gewöhnliche Accrescenzrecht. Demnach stehen die Ausführungen des Berliner Urtheils über die Vulgar-Substitution mit seiner Annahme der Erbesqualität des ersten Fideikommißberechtigten allerdings in vollem „Einklange".

3. Auf demselben Mißverständnisse beruht der dritte Einwand, den Wächter §. 26. Nr. 1. aufstellt: Die Ausführungen des Urtheiles „würden blos beweisen, daß die Berufung der Vettern zu dem Fideikommisse auch auf den Fall der Kinderlosigkeit des Erblassers zu beziehen sei; aber aus der Berufung zum Fideikommisse folgt noch nicht eine Berufung zur Erbschaft als wirkliche Erben." Der Einwand setzt wieder voraus, daß das Fideikommiß etwas Anderes sei, als die Erbschaft, daß der erste Fideikommißberechtigte nur Fideikommissar im römischen Sinne sei, dem eine andere Person als heres fiduciarius gegenüberstehe. Wenn aber, wie das Urtheil annimmt, der erste Fideikommißberechtigte selber wirklicher Erbe, also Fiduciar und Fideikommissar zugleich ist, so versteht sich von selber, daß, wenn die Vettern für den Fall der Kinderlosigkeit des Erblassers zum Fideikommisse berufen sind, sie damit eo ipso „zur Erbschaft als wirkliche Erben" berufen sind. Wächter sagt, sie seien doch keinenfalls zu Substituten der Kinder, als der auf ihre Pflicht-

theile eingesetzten Erben, gesetzt. Das ist unzweifelhaft richtig, ist aber von jenem Standpunkte aus völlig gleichgültig und ist in dem Berliner Urtheile nirgend behauptet.

4. Aus demselben Grunde ist auch der vierte von Wächter S. 48 Nr. 4. angeführte Einwand nicht zutreffend: „Würde der nächstberufene Vetter als Vulgarsubstitut der eingesetzten Kinder zu betrachten sein, so würde ihm der Betrag der Pflichttheile dieser Kinder in das freie Eigenthum zufallen, — ein Resultat, was im vorliegenden Falle schwerlich im Sinne des Testirers gelegen haben wird.“ Auch hier kann man nur einfach wiederholen, was schon bei den vorigen Einwänden gesagt ist, daß das Berliner Urtheil nie und nirgend angenommen hat, daß die Vettern irgendwie „als Vulgarsubstituten der auf ihre Pflichttheile eingesetzten Kinder zu betrachten seien“, sondern daß die Substitution der Vettern sich nur auf die Einsetzung des Erstgeborenen in die Erbschaft, sofern sie zum Fideikommisse ausgesetzt war, bezieht. Die ausgesetzten Pflichttheile würden bei völligem Wegfalle von Kindern zwar natürlich auch wegfallen, aber natürlich nicht dem Fideikommissar als freies Eigenthum zufallen, sondern der Erbmasse zuwachsen und mit dieser unter das Fideikommiß fallen. Ob der Erblasser dies beabsichtigt hätte oder nicht, wäre nach den Grundsätzen des Anwachsungsrechtes gleichgültig; daß er es aber wirklich nicht beabsichtigt hat, ist keineswegs wahrscheinlich, im Gegentheil ist kaum zu zweifeln, daß er für den Fall, daß er keine Kinder bekäme, gar keine andere Absicht gehabt hat.

§. 11.

Alle die bisherigen Gründe treffen also die Gültigkeit des Testamentes nach der Berliner Entscheidung gar nicht, da sie einen Satz bekämpfen, den das Berliner Urtheil gar nicht aufgestellt hat. Die einzigen Gründe, die überhaupt auch nur mit einigem Scheine gegen die Gültigkeit des Testamentes aufgestellt werden können, sind folgende:

a) daß ein Familien-Fideikommiß überhaupt nicht durch Erbeinsetzung errichtet werden könne, oder daß es wenigstens im vorliegenden Falle nicht geschehen sei;

b) daß eine fideikommissarische Substitution überhaupt nicht, und auch bei deutschen Familien-Fideikommissen nicht, als vulgare auf-

recht erhalten werden dürfe, oder wenigstens im vorliegenden Falle nicht.

Beide Gründe, oder da jeder sich wieder in zwei auflöst, alle vier, sind denn auch von Wächter, wenn auch nicht in dieser bestimmten Formulirung, geltend gemacht. Daß nun aber:

a) im Allgemeinen Erbschaften als solche den Gegenstand von Familien-Fideikommissen bilden können, ist außer allem Zweifel. Auch Wächter erkennt es in der Weise an, daß man einen Dritten, z. B. Frau oder Schwester, zum Erben einsetzt, und diesem dann die Restitution der Erbschaft als Universal-Fideikommiß an den ersten Fideikommißberechtigten, d. h. den Ersten der Familie, für die das Fideikommiß bestimmt ist, sei es der eigene Sohn oder ein Vetter oder sonst wer, auferlegt. Geht aber dieses, so ist in der That nicht abzusehen, wozu jener Erbe als Mittelsperson eigentlich dienen soll, warum man nicht das Vermögen gleich unmittelbar dem betreffenden ersten Familiengliede, also dem ersten Fideikommißberechtigten, zuwenden und ihn zu der Erbschaft als Familien-Fideikommiß berufen soll? Allerdings müßte man nach streng Römischem Rechte sagen: dann werde dieser Erste eben Erbe und fiduciarius, und folglich nicht fidecommissarius, dieses, also erster Fideikommissar, werde vielmehr erst sein Sohn, auf den die Erbschaft nun erst als Fideikommiß übergehe. Deutsche Anschauung ist dieses aber nicht, diese unterscheidet in diesem Falle nur den Fideikommißstifter, die Fideikommißstiftung und die Fideikommißberechtigten. Daß der Erste von diesen zugleich Erbe des Stifters, heres im römischen Sinne, wird, ändert an seiner Stellung zum Fideikommisse gar nichts. Er gilt civilrechtlich dem Stifter und dessen Gläubigern und Schuldnern gegenüber allerdings vollständig als Erbe; allein seiner zum Fideikommiß berufenen Familie gegenüber nimmt das Fideikommiß in seiner Person seinen Anfang, er ist insofern der erste Fideikommissar, sein Sohn ist schon der zweite, ein Abzug der Trebelliana ist daher nicht zulässig. Insofern kann man sagen, wie in dem Berliner Urtheile geschehen ist, das betreffende erste Familienglied sei hier zugleich Fiduciar und Fideikommissar.

Daß dieses Alles so sei, scheint Wächter im Grunde auch gar nicht leugnen zu wollen, er meint nur, es sei erst moderne Theorie der heutigen germanistischen Wissenschaft, die ältere Theorie und Praxis, auf die es hier bei der Frage nach der bona fides der

Frau v. W. allein ankomme, habe davon noch nichts gewußt. Er beruft sich dafür auf Knipschild's bekanntes Buch über die Familien-Fideikommisse. Allein dieses Buch ist schon 1626 erschienen, also mehr als ein Jahrhundert vor jener Zeit, und namentlich also vor der ganzen Entwicklung, die solche Grenzgebiete zwischen Römischem und Deutschem Rechte im 17. und 18. Jahrhunderte erlangt haben, und ist überdies der damaligen Wissenschaft gemäß noch mit einer solchen Ideenarmuth und Unfähigkeit zu eigentlich juristischer Konstruction geschrieben, daß es in dieser Beziehung in keiner Weise als Auctorität gelten kann. Daß es als das einzige auch im 18. Jahrhundert noch viel gebraucht und citirt wurde, ist erklärlich, daß man aber in der Praxis längst darüber hinaus war und bereits vollständig den oben beschriebenen Standpunkt eingenommen hatte, das zeigen aufs Deutlichste nicht nur das gerade in jener Zeit (1756) abgefaßte Bairische Landrecht nebst Kreitmayr's Commentar, sondern namentlich auch, was Wächter nicht berücksichtigt hat, die Akten des gegenwärtigen Prozesses selber. Zunächst die Urtheile und Dekrete der Dresdener Gerichte und der Leipziger Fakultät, die die beiden Vettern Wilhelm und Friedrich v. Metzsch ohne alles Bedenken als eingesetzte Erben zulassen, das Testament darum als gültig behandeln, die Frau v. W. ausgeschlossen sein lassen und schließlich 1780 den F. C. v. Metzsch ausdrücklich „pro herede fiduciario“ erklären. Dieser war erst in vierter Linie, nämlich nach der agnatischen und cognatischen Descendenz und nach dem Wilhelm v. M., zum Fideikommiß berufen, dennoch wird seine Berufung zum Fideikommiß ohne Weiteres als Berufung zur eigentlichen Erbschaft und er als „heres fiduciarius“ behandelt. Daß man ihn dabei nicht als Substituten, der Kinder des Grafen, sondern als direkt zum Fideikommiß berufen angesehen hat, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, liegt aber von selbst darin, daß er nur vom Standpunkte des Fideikommisses aus als berechtigt behandelt ist. Denn daß man im Allgemeinen in jener Zeit die Errichtung eines Familien-Fideikommisses in der oben bezeichneten Weise ohne Vermittelung durch einen besonderen Erben für zulässig hielt, und daß man dann die Berufung zur Erbschaft und zum Fideikommisse als identisch ansah, dafür liegt ein vollständiger und direkter Beweis in dem von dem Hohen Herrn Verklagten beim Gegenbeweise als Urkunde Nr. V. produzirten Testamente vom Jahre 1797. Daß vom Jahre 1766—1797 in der

Theorie oder Praxis ein Umschwung in der Auffassung dieser Verhältnisse stattgefunden hat, wird Niemand behaupten wollen. In diesem Testamente heißt es aber wörtlich:

„— habe ich mich bewogen gefunden, meinen ganzen künftigen nach meinem Ableben vorhanden sein werdenden Nachlaß — nichts ausgenommen — zu einem immerwährenden Familien-Fideikommiß für die §. 2. eingesetzten Erben und deren Nachkommen — zu machen. —

§. 2. Berufe ich zu solchem Familien-Fideikommiß und setze deshalb zu meinen ungezweifelten Erben — in nachher weiter bestimmter Ordnung: 1) meinen lieben Sohn u. s. w."

Diese Worte sprechen so deutlich und unzweifelhaft, daß sie keines Kommentars bedürfen. Hervorzuheben ist nur, wie darin, wie in allen ähnlichen Testamenten, die Stiftung und Errichtung des Fideikommisses als einer objektiven dauernden Einrichtung von der subjektiven Berufung der einzelnen Personen ganz getrennt und ihr vorangestellt wird. Es spricht sich darin ganz besonders der Unterschied des römischen und heutigen Standpunktes aus. Beim römischen Fideikommisse sind die einzelnen Personen das Prinzipale, das Fideikommiß das Sekundäre, was nur von Einem auf den Anderen übergeht; beim deutschen Fideikommisse ist das Fideikommiß als dauernde Einrichtung für den Ruhm der Familie das Prinzipale, die Personen, die nach einander eintreten, das sekundäre, wobei zwischen dem Ersten und den späteren weiter kein rechtlicher Unterschied gedacht wird.

§. 12.

Ganz in derselben Weise ist nun aber auch:

b) im vorliegenden Falle die Errichtung des Fideikommisses angeordnet. Nachdem in §§. 3—6. die Kinder auf ihre Pflichttheile eingesetzt sind, wird in §. 7. ganz objektiv das Fideikommiß errichtet:

„Alle mein übriges jetzt — und zukünftiges Vermögen — soll zu einem ewigen, einfolglich auf keine Art und Weise aufzuhebenden, Fideikommisse zur Konservirung der Gräflich Metzschen Würde, Namens und Wappens dergestalt ausgesetzt sein, daß mein Erb-Rittergut Gollmenglin u. s. w."

Dann erst werden in §§. 8—12. die einzelnen dazu berechtigten Familienglieder dazu berufen, zuerst die Söhne und ihre Nachkommen

nach dem Rechte der Erstgeburt, also der erste ohne alle Trennung von den nachfolgenden, dann die Töchter u. s. w. Wenn man dieses mit dem allgemeinen Zwecke der deutschen Familien-Fideikommisse und dem obigen Testamente von 1797 vergleicht, so muß es in der That praktisch von vorne herein fast als undenkbar erscheinen, daß der Graf v. M. sein Familien-Fideikommiß von der Einsetzung seiner Kinder auf ihre Pflichttheile und ihren eventuellen Substituten hätte abhängig machen wollen, daß er sich also das Fideikommiß nicht als selbständige rechtliche Einrichtung, sondern nur als ein in römischer Weise den Kindern auferlegtes Vermächtniß gedacht hätte. Und nimmt man nun die Worte des Testamentes selber, so läßt die Bestimmung:

> „setze ich meine Kinder zu meinen Erben ein, jedoch nicht höher als zum Pflichttheile, alle mein übriges Vermögen soll zu einem Fideikommiß u. s. w."

wohl kaum einen Zweifel aufkommen. Die scheinbar allgemeine Einsetzung des Vordersatzes wird durch den Nachsatz „jedoch nicht höher" vollständig auf den Pflichttheil beschränkt, und damit von selbst das „übrige Vermögen" als selbständig daneben stehender Gegenstand der Beerbung und Erbeinsetzung bezeichnet. Daß dabei der Ausdruck der Erbeinsetzung nicht wiederholt wird, sondern gesagt wird: „soll zu einem Fideikommiß ausgesetzt sein; in dieses Fideikommiß succediren zunächst u. s. w.", spricht nicht dagegen, sondern im Gegentheil dafür. Das Fideikommiß selber konnte natürlich nicht eingesetzt werden, unter den Fideikommißberechtigten denkt sich aber der Erblasser gar keinen Unterschied weiter von Erbe und Fideikommissar. Deshalb sagt er, die übrige Erbschaft solle als solche ein Fideikommiß bilden und darin sollen ihm die nachbenannten Familienglieder succediren. Ebensowenig steht entgegen, daß es bei den Kindern nicht einfach heißt: „setze zu Erben ein", sondern „zu Universal-Erben in allen meinen beweg- und unbeweglichen Vermögen honorabili institutionis titulo". Darin liegt nach dem weitschweifigen Style der Cautelar-Jurisprudenz jener Zeit, in der man zweifelte, wie z. B.

Schorch, resp. et sent, Erford. 150, 15.

zeigt, ob eine Erbeinsetzung auf den Pflichttheil ohne die Worte „honorabili institutionis titulo" ordnungsmäßig und gültig wäre, gar nichts weiter, als die Bezeichnung der eigentlichen Erbeinsetzung

mit Universalsuccession im Gegensatze zu bloßen Singular-Vermächtnissen; Maaß und Umfang der Einsetzung und Universal-Succession werden dadurch nicht im Mindesten afficirt.

Unerfindlich ist darum auch, in wiefern Wächter darin, daß „im vorliegenden Falle das Fideikommiß nicht über das gesammte Vermögen des Erblassers sich erstreckt", einen Grund gegen die Annahme der Erbschaftsqualität sehen will. Das quantitative Maaß der Succession ist ja doch für die Qualität der Succession als solcher bei Intestat- wie Testaments-Succession völlig gleichgültig.

§. 13.

c) Durch die Auffassung des Familien-Fideikommisses als einer einheitlichen Stiftung oder Anordnung für eine bestimmte Familie auf ewige Zeiten wird nun von selbst auch der richtige Standpunkt für die Beurtheilung der zweiten Hauptfrage, nämlich der nach der Substitution der Vettern unter die Kinder, gegeben. Die Anordnung eines solchen Familien-Fideikommisses schließt von selber stets eine allgemeine Substitution aller Familienglieder nach der angeordneten bestimmten Successionsart, Erstgeburt, Majorat u. s. w. in sich, die zugleich fideikommissarisch und vulgar ist. Fideikommissarisch ist sie, sobald das Fideikommiß in dem Erstberufenen wirklich angefangen hat; vulgar, so lange dieses noch nicht ist, vielmehr noch die erste Delation des ganzen Fideikommisses aussteht. Wenn die ganze Familie nach einander zum Fideikommisse berufen ist, so muß stets Der, der zur Zeit der ersten Delation der Nächstberechtigte ist, die Delation bekommen, er muß den vor ihm Stehenden gegenüber nicht nur als nach ihnen, sondern ebenso auch, für den Fall, daß sie ausfallen, als anstatt ihrer berufen gelten. Dieses liegt in dem Begriffe vom Familien-Fideikommiß, muß daher ganz gleichmäßig gelten, mag es ein Singular- oder Universal-Fideikommiß sein, und im letzteren Falle direkt oder indirekt mit einem anderweitigen Erben angeordnet sein. Das Princip ist darum als solches auch schon von den Römern anerkannt, sie drücken es in L. 69. §. 3. D. de leg. II. so aus:

> proximus quisque primo loco videtur invitatus, — sed ita, si paratus sit cavere, se familiae restituturum.

Dieses proximus quisque bedeutet bekanntlich nicht „alle vom nächsten Grade," sondern, wie im Prätorischen Edikte über die

Intestaterben das „uti proximum quemque," den, der jedesmal in concreto der nächste ist. Somit bezeichnet der Vordersatz die Vulgarsubstitution, der Nachsatz die fideikommissarische. Das Princip möchte auch wohl bei singularen Familien-Fideikommissen, z. B. dem Fideikommisse eines Landgutes, kaum irgend einem Zweifel unterliegen, und kann auch dadurch nicht aufgehoben werden, daß etwa der Testirer bei der specielleren Ordnung der Succession sich ungenau ausdrückte, z. B. nach Anordnung einer Primogenitur sagte: „zuerst der älteste Sohn und seine Descendenz, nach deren Aussterben die des zweiten u. s. w." Wenn hier der älteste ohne alle Descendenz vor dem Erblasser stürbe, würde unzweifelhaft der zweite Sohn und nach ihm seine Descendenz aus der allgemeinen Fideikommißerrichtung berechtigt sein.

Dasselbe muß aber auch bei universalen Fideikommissen gelten. Man kann hier nicht etwa sagen, wenn die späteren eventuell berufenen Familienglieder nicht ausdrücklich als Vulgarsubstituten bezeichnet und berufen seien, so könnten sie zwar immerhin zum Fideikommiß im Ganzen berechtigt sein, nicht aber als direkte Erben des Stifters, sondern nur indirekt nach den Grundsätzen der römischen Fideikommisse, also unter Delation der direkten Erbfolge als solcher auf die Intestaterben. Denn wenn Jemand seine ganze Erbschaft als solche, oder eine Quote davon, zu einem ewigen Familien-Fideikommisse aussetzt, und demgemäß die einzelnen Familienglieder dazu beruft, so geht auch hier die Disposition von selber dahin, daß dem Gegenstande des Fideikommisses die dazu berufenen Familienglieder gleichmäßig eventuell gegenüberstehen, so daß auch hier „proximus quisque primo loco videtur invitatus." Wer der Erste, wer der Zweite sein wird, wer also im römischen Sinne heres, wer fideicommissarius sein wird, kann der Erblasser im voraus nie sicher wissen, und ist auch für seinen Plan als solchen völlig gleichgültig, da er ja eben nicht für die Einzelnen als solche, sondern für den Glanz der Familie, und daher für die Einzelnen nur als Familienglieder sorgen will. Wer bei seinem Tode der nächste zum Fideikommisse Berechtigte ist, der ist damit von selber auch zu dessen Gegenstande, also der Erbschaft als solcher, somit als eigentlicher heres, berufen und eingesetzt. Die vulgare und fideikommissarische Substitution sind somit auch hier von selber enge mit einander verbunden. Eine Trennung und Beschränkung auf

letztere hätte in der Regel, und namentlich wenn die ganze Erbschaft zum Fideikommisse ausgesetzt ist, gar keinen Sinn, und müßte, wenn sie je einmal aus ganz besonderen Gründen vom Erblasser beabsichtigt wäre, jedenfalls sehr ausdrücklich im Testamente angeordnet werden. Bloße Ungenauigkeiten im Ausdrucke bei der specielleren Ausführung der einzelnen Familienglieder in der oben bezeichneten Weise würden noch keinen genügenden Grund zur Annahme der Trennung geben. Denn natürlich muß hier wie bei allen Erbeinsetzungen das Princip des neuen römischen Rechts gelten, daß bestimmte Formen und Formeln zur Erbeinsetzung nicht nothwendig sind, sondern daß jede hinreichend deutliche und erkennbare Erklärung des Willens genügt.

In dieser Beziehung kommt das in Betracht, was bereits in dem Berliner Urtheile ausgeführt ist, daß überhaupt der Unterschied der fideikommissarischen und vulgaren Substitution dem eigentlich praktischen und materiellen Gehalte nach nicht so groß ist, wie es bei der römischen formellen Scheidung von Erbeinsetzung und Vermächtniß scheint. An sich ist ja der Unterschied gar kein anderer, als der: nach einem Andern, und statt eines Andern in ein Recht einzutreten, und dabei versteht es sich von selbst, daß in der Regel wer das erste will auch das zweite will. Bei Legaten, wo das Recht für beide Personen gleichartig ist, ist daher auch gar kein Zweifel, daß wenn B eine Sache nach dem A haben soll, er sie beim Ausfall desselben gleich statt desselben bekommt, die indirekte Substitution also als direkte gilt. Bei Erbschaften ist der Sache nach das Verhältniß eigentlich dasselbe, indessen ist hier nach römischem Rechte das formelle Hinderniß, daß, weil Erbschaften nicht direkt von einem Erben auf einen andern übergehen können, hier die Berufung nach einem Andern nur in der Form des Vermächtnisses, und nur die statt eines Andern in der der Substitution, möglich ist, die Umwandlung aber eines Vermächtnisses in eine Erbeinsetzung formell unzulässig scheint. Daß nur hierin der Grund liegt, sieht man daraus, daß bei der Pupillarsubstitution, wo ausnahmsweise successive Erbeinsetzung möglich ist, die pupillare in der Regel die vulgare, also das „nach" das „anstatt", in sich schließt. Eben darum haben die Römer selber sogar auch schon bei Erbschaft und Fideikommiß die innere materielle Verwandtschaft beider Begriffe anerkannt, und in den Fällen, wo man ausnahms-

weise von der Form absah und sich nur an den Willen und die Absicht hielt, zur Geltung gebracht, nämlich bei den Soldaten-Testamenten. Hier wurde das fideic. libertatis et hereditatis für einen Sclaven, wenn der heres ausfiel, als direkte Freilassung und Erbeinsetzung, also als vulgare Substitution, behandelt, und zwar aus dem Grunde, weil:

utraque ad eum pervenire, testatorem voluisse negari non potest,

und Prinzip sei, daß:

militum per omnia rata esset voluntas suprema.

L. 13. §. 1. l. 14. D. de test. mil. (29, 1);

L. 40. D. de fideic. libert. (40, 5).

Wenn Wächter dagegen einwendet, daß die römischen Juristen diesem Satze keine weitere analoge Anwendung gegeben hätten, so ist das zwar ganz richtig und konnte auch bei dem geltenden formellen Unterschiede von hereditas und fideicommissum gar nicht anders sein; allein es handelt sich hier nur darum, daß die Römer, wenn sie rein auf den Willen und die Absicht sahen, es als natürliche Interpretationsregel anerkannten („negari non potest“), daß in der fideikommissarischen Substitution eventuell eine vulgare enthalten sei. Daß nun in der heutigen modernen Lebensauffassung beide Substitutionen einander noch viel näher getreten sind, ist bekannt und zeigt sich darin, daß während im Römischen Rechte das Universal-Fideikommiß niemals unter den Begriff der Substitution gestellt ist, im Mittelalter sofort schon im kanonischen Rechte die feste Eintheilung von substitutio directa und obliqua auftritt,

c. 1. de testam. in VI.

und in den neueren Gesetzbüchern geradezu eine Präsumtion von der letzteren auf die erstere aufgestellt ist. Wenn Wächter dagegen einwendet, daß diese Gesetze für das gemeine Recht nicht gelten, und das kanonische Recht die Präsumtion nicht enthalte, so ist das unzweifelhaft richtig, allein es handelt sich hier nicht um Konstatirung eines derartigen Rechtssatzes, sondern nur um die Willensinterpretation aus den Anschauungen des modernen Lebens, die sich in jenen Rechtsquellen ausspricht. Daraus folgt bei der Formlosigkeit der Erbeinsetzung im neueren Römischen Rechte von selbst, daß man bei uns die indirekte Substitution in der Regel als direkte aufrecht zu erhalten hat, sofern nicht eine andere Absicht des Testirers ersichtlich

ist. Dies wird denn auch vollständig und unbedenklich von praktischen Auctoritäten anerkannt, wie z. B. von

Mühlenbruch, in Glücks Komment. B. 40. S. 257;
Sintenis, prakt. Civilrecht B. 3. §. 174 n. 1. a. E.

Daß aber, wenn dieses schon im Allgemeinen angenommen werden muß, es gerade bei Familien-Fideikommissen, um die es sich hier allein handelt, noch viel weniger einem Zweifel unterliegen kann, versteht sich nach den obigen Ausführungen von selbst.

Wenn aber Wächter auch hier wieder einwendet, man könne jenes Verhältniß der direkten und indirekten Substitution höchstens für die neuere mit neuen Elementen operirende Theorie und Praxis zugeben, im vorigen Jahrhunderte zur Zeit der Frau v. W. sei davon noch keine Rede gewesen, damals habe man noch strenge den römischen Standpunkt festgehalten, so erledigt sich dieser Einwand hier wohl wie oben durch den Hinweis auf die damals gerade in dieser Sache ergangenen Dekrete der Sächsischen Gerichte, die ganz ohne alles Bedenken die fideikommissarische Berufung und Substitution der v. Metzsch'schen Vettern als Vulgarsubstitution behandelt und den damals berechtigten F. C. v. Metzsch für den wirklichen heres fiduciarius erklärt haben. Ueberhaupt aber ist es anerkannt, daß die modernen Abweichungen vom Römischen Rechte zwar meistens erst in der neueren Theorie gehörig gewürdigt und innerlich begründet sind, daß sie aber der Sache nach alle längst in der Praxis hergebracht waren und nur in der Theorie unbeachtet blieben, daß vielmehr der Sache nach gerade umgekehrt die neuere Theorie die Befolgung des Römischen Rechtes strenger nimmt als die ältere.

§. 14.

Unter diesen Umständen bleibt:

d) nur noch die Frage über, ob etwa im vorliegenden Falle die besonderen Umstände oder Ausdrücke des Testamentes des Grafen v. M. die Anwendung der obigen Interpretation in Betreff der Vulgarsubstitution ausschließen. In dieser Beziehung ist nun bereits in den oben genannten früheren Urtheilen zur Genüge ausgeführt, daß der einzig scheinbare Anhalt in den Worten „nach Abgang meiner Descendenten" in §. 12. des Testamentes liegt, die bei buchstäblicher Interpretation als blos fideikommissarische Substitution gefaßt werden könnten; daß aber allen übrigen Umständen nach in

der That kaum ein Zweifel über die weiter gehende Absicht des Testirers sein kann. Auch die Vertheidigung des Hohen Herrn Verklagten sowie das Wächter'sche Gutachten haben keinen anderen Anhalt als jene Worte und suchen nur auszuführen, daß die weiter gehende Absicht des Erblassers nirgend im Testamente direkt ausgesprochen sei.

Eine vollständige Wiederholung der in den genannten Urtheilen hiergegen ausgeführten Gründe würde hier zu weit führen; nur folgende Hauptpunkte mögen hier nochmals besonders hervorgehoben werden:

1. Vor allen Dingen darf man die Worte nicht vereinzelt aus ihrem Zusammenhange herausgerissen beurtheilen. Wenn es überhaupt bei allen Interpretationen erste Hauptregel ist, über das einzelne nur in seiner Verbindung mit dem Ganzen zu entscheiden, so ist dies besonders wichtig bei Familien-Fideikommissen, die eine einheitliche Stiftung für eine ganze Familie auf ewig sein sollen, bei der also alle Bestimmungen über die einzelnen Familienglieder nur entweder bloße speziellere Ausführungsbestimmungen oder besondere Ausnahmebestimmungen sein können, somit von diesem Gesichtspunkte aus beurtheilt werden müssen. So ist nun namentlich bei dem vorliegenden Testamente die Hauptbestimmung die im §. 7.

> Alle mein übriges Allodialvermögen, und wenn ich keine Söhne bekommen sollte, auch die Uebermaße meiner Lehn, — soll zu einem ewigen, einfolglich auf keine Art und Weise aufzuhebenden, Fideikommiß zur Konservirung der gräflich und freiherrlich Metzsch'schen Würde, Namens und Wappens ausgesetzt sein. In dieses Fideikommiß succediren nun zunächst meine etwa noch zu erzeugenden Söhne u. s. w.

Auf eine gar nicht zu mißdeutende Weise ist hier die ganze Erbschaft ganz allgemein für die ganze Familie auf ewige Zeiten zum Fideikommiß ausgesetzt. Daß der Graf v. M. dabei von vorn herein keineswegs blos an seine eigene Nachkommenschaft, also die gräfliche Linie, sondern ganz bestimmt an die Familie im Ganzen, also auch die freiherrliche Linie, dachte, hebt er ausdrücklich hervor in den Worten:

„zur Conservirung der gräflich und f r e i h e r r l i c h M. Würde."
Ja er zeigt deutlich, daß er überhaupt gar nicht sicher auf eigene Nachkommenschaft rechnete, da er erst sagt:

„wenn ich keine Söhne bekommen sollte"

und nachher:

„zunächst meine etwa noch zu erzeugenden Söhne";

selbst in der Einleitung des ganzen Testamentes hatte er schon gesagt:

„sowohl unter meinen künftigen Kindern, als wenn ich deren keine erlangen sollte, einfolglich ohne eheliche Erben versterben sollte," —

Bei dem ganzen Fideikommisse lag also der Gedanke der eigenen Kinderlosigkeit, und daß es daher vielleicht überhaupt nur in seinen Seitenverwandten zur Existenz kommen würde, von vorn herein vollständig in seinem Bewußtsein. Sie ist von ihm so unzweideutig ausgesprochen, daß die Bestimmung, das Fideikommiß solle für die Vettern doch nur dann gelten, wenn ihm zuvor Descendenten geboren und zuerst in das Fideikommiß eingetreten wären, sonst solle das ganze Fideikommiß nicht gelten und folglich seine, ausdrücklich vollständig ausgeschlossene, Schwester das Vermögen ab intestato haben, den absolutesten Widerspruch enthalten würde. Man kann dieses Resultat auch nicht etwa:

2. durch den Nothbehelf umgehen, der schon früher in dem Göttinger und nun auch wieder in dem Wächterschen Gutachten angewendet ist, daß man sagt, die Vettern seien nur nicht zur Erbschaft als Erben, wohl aber zum Fideikommisse berufen, ihre Berufung gelte also nur nicht als Erbeinsetzung aus dem Testamente, wohl aber als Vermächtniß aus der Codicillarclausel. Dieser Ausweg ist absolut unzulässig.

Es ist hier die unabweisliche Alternative: entweder sind die Worte „nach Abgang meiner Descendenten" buchstäblich zu nehmen und als wirkliche Bedingung eines Vorganges von Descendenten zu verstehen; dann sind sie es nach der Codillarclausel gerade ebenso wie ohne diese, und für die indirekte Substitution ebenso wie für die direkte; oder sie sind, wie Wächter sagt, einer „Deutung und Ergänzung" aus dem offenbaren Willen des Erblassers fähig, dann muß diese umgekehrt ohne die Codillarclausel gerade ebenso vollständig eintreten wie mit dieser, und für die direkte Substitution ebenso wie für die indirekte. Die Codicillarclausel kann daran nicht das Allermindeste ändern, da ihre Wirkung nur die ist, wie die alte Regel sagt: supplet defectum solennitatis non voluntatis. Wenn es wirklich der Wille des alten Grafen war, daß die Vettern das

Fideikommiß nur haben sollten, wenn zuvor Descendenten dagewesen und dann abgegangen, d. h. ausgestorben wären, so kann dieser Wille aus der Codicillarclausel weder gedeutet noch ergänzt werden. Wenn aber sein Wille war, daß die Vettern auf jeden Fall, auch wenn er gar keine Descendenten bekomme, eventuell zum Fideikommiß berufen sein sollten, so muß dieses auch für die erste direkte Berufung zum Fideikommisse gelten, und dann ist, da der Gegenstand des Fideikommisses die Erbschaft selber als solche ist, darin die direkte vulgare Substitution enthalten. Es ist ein innerer Widerspruch, wenn Wächter (S. 33) sagt, auch bei der freisten Auslegung des §. 12. könne man keine Vulgar-Substitution annehmen, weil ja der Erblasser mit den Worten „nach Abgang meiner Descendenten" eine Voraussetzung gesetzt habe, unter der eine Vulgar-Substitution nicht denkbar sei, er also die Vettern nur für einen Fall berufen habe, bei dem von einer Vulgar-Substitution gar nicht die Rede sein könne. Dabei ist übersehen, daß, wenn die Worte „nach Abgang" freier, d. h. nach der offenbaren Absicht des Erblassers, gedeutet werden, diese Deutung eben gerade darin besteht, daß unter dem Falle des „Abgangs" der Fall der vollständigen Ermangelung als mitgemeint verstanden wird, von einer anderen „freien" Auslegung ist ja gar keine Rede; durch diese Auslegung wird nun aber gerade die Voraussetzung, bei der die Vulgar-Substitution unmöglich sein würde, aufgehoben und damit folglich von selbst die Vulgar-Substitution möglich gemacht. Nur darf man dabei nicht, wie Wächter auch hier thut, an eine Substitution der Vettern unter die Einsetzung der Kinder auf ihre Pflichttheile denken, sondern, wie oben nachgewiesen ist, nur an Substitution unter die Einsetzung des erstgebornen Sohnes in die übrige Erbschaft als Familien-Fideikommiß. In dieser Beziehung ist aber, wie endlich:

3. noch hinzuzufügen ist, bis zu einem gewissen Grade die Vulgar-Substitution ganz unzweifelhaft in den Worten „nach Abgang", selbst bei ihrer engsten buchstäblichen Auslegung, enthalten. Wächter will in den Worten die Voraussetzung finden, daß der Testirer „Descendenten bekommen werde, und diese in die Erbschaft und in das Fideikommiß eintreten würden." Allein das besagen die Worte „nach Abgang meiner Descendenten" nicht; aus ihren Buchstaben läßt sich keine andere Voraussetzung herausbringen, als daß Descendenten geboren und wieder gestorben sein müssen.

Wenn der Erblasser daher geheirathet und Kinder bekommen hätte, und diese noch vor ihm mit Tode „abgegangen“ wären, so wären die Vettern unzweifelhaft dem Wortlaute zufolge „nach Abgang“ der Descendenten berufen gewesen, obgleich diese weder in ihre Pflichttheile noch in das Fideikommiß eingetreten wären. Demnach wäre dieses unzweifelhaft Vulgar-Substitution gewesen, nur natürlich nicht (wie auch hier wieder hervorgehoben werden muß) in die Erbeinsetzungen auf die Pflichttheile, sondern in die Erbeinsetzung auf das Fideikommiß. (Der Ausdruck, das Fideikommiß solle „nach Abgang der Kinder transferirt werden“, steht nicht entgegen, da Translation, z. B. translatio legatorum, auch die successive Anordnung bezeichnet.) Demnach hat der Erblasser für den Fall, daß ihm Descendenten geboren würden aber wieder stürben, schon ausdrücklich eine ganz allgemeine Substitution ausgesprochen, die, je nachdem der Tod vor oder nach dem Testirer erfolgte, als direkte oder indirekte auszuführen war. Die ganze ausdehnende Erklärung des §. 12. besteht somit nur darin, daß die für den Fall des Sterbens der Kinder ausgesprochene Substitution auch auf den Fall des gar nicht geboren werdens erstreckt wird. Die Frage ist somit im Grunde gar keine andere, als die, welche in Rom schon vor Cicero bei der berühmten causa Curiana behandelt wurde, wo auch ein Vater seinen „etwa noch zu erzeugenden“ Sohn eingesetzt und ihm für den Todesfall pupillariter substituirt hatte, und dann gar kein Sohn geboren wurde. Schon damals wurde die Pupillarsubstitution, die ja der Sache nach einer fideicommissarischen fast gleichsteht (abgesehen nur von dem, damals aber seltenen, Falle eines eigenen Vermögens des Pupillen), vom Falle des Todes auf den des nicht geboren werdens als vulgare von den Römern ausgedehnt, weil, wie Quintilian (Inst. orat. 7, 6) sagt:

> Quis dubitaret, quin ea voluntas fuisset testantis, ut is, non nato filio, heres esset, qui mortuo!

Schon die damalige steife und unentwickelte Jurisprudenz nahm also an, daß in diesem Falle die Worte nothwendig aus dem Willen zu ergänzen seien. Cicero (Brutus. 198. pro Caecina. 53.) sagt in Beziehung darauf:

> Quanta esset in verbis captio, cum in caeteris rebus tum in testamentis, si negligeretur voluntas! — verba reperta sunt, non quae impedirent sed quae indicarent voluntatem!

Die Entscheidung ist später zu der bekannten Präsumtion von der simplex auf die duplex substitutio ausgebildet, und damit im Principe für das geltende Recht anerkannt. Dem entsprechend kann auch ihre Anwendung im vorliegenden Falle nicht wohl bestritten werden.

Auch hat man darüber bei uns in der früheren Praxis zur Zeit der Frau v. W. gar keinen Zweifel gehabt. Es wird dies auf das vollständigste und deutlichste dadurch bewiesen, daß von der penibeln buchstäblichen Deutung des §. 12., auf die im gegenwärtigen Prozesse das Hauptgewicht gelegt wird, damals noch gar keine Rede war, weder bei der Frau v. W. selber, noch ihrem Advokaten, noch der Göttinger Fakultät, noch der Leipziger, noch den Dresdener Gerichten. Keinem von allen kam der geringste Zweifel daran, daß die Vettern den Kindern im Fideikommisse absolut substituirt seien, sowohl direkt als indirekt. Der Zweifel war ihnen nur, ob die Substitution im Fideikommisse sich auch auf die Erbschaft und die Erbeinsetzungen der Kinder erstrecke. Bei der Einholung des Göttinger Gutachtens hat der Advokat der Frau v. W. alle möglichen Zweifel gegen die Gültigkeit des Testamentes aufgesucht und in 22 Fragen zusammengestellt, darunter sind zum Theil recht alberne, wie z. B. die schon oben berührte Ungültigkeit wegen der späteren Geistesschwäche des Grafen und die „wunderlichen Dinge“ im Testamente, allein daß der §. 12. durch seine buchstäbliche Auslegung ein Mittel zur Anfechtung des Testamentes oder gar des ganzen Fideikommisses abgeben könne, das kam ihm doch nicht in den Sinn. Ebensowenig ist die Göttinger Fakultät bei ihrer weitläufigen Erörterung darauf verfallen. Der Erste, der überhaupt auf den Gedanken gekommen ist, ist allerdings keine geringe Auctorität, nämlich v. Savigny, in dem beim Gegenbeweise producirten Gutachten vom J. 1811, welches die Nachfolger der Frau v. W. von ihm eingeholt hatten. Offenbar hängt indessen dasselbe mit dem ganzen damaligen wissenschaftlichen Standpunkte Savigny's zusammen, gegen die allzufreie und willkürliche Behandlung des Römischen Rechts in der damaligen Theorie und Praxis wieder mehr den Buchstaben und strikten Inhalt des Römischen Rechts zur Geltung zu bringen. Wie er dabei in der Theorie vielleicht mitunter etwas zu weit ging, hat er auch hier in der praktischen Anwendung einen zu engen Standpunkt eingenommen.

§. 15.

Die Ausführungen der §§. 10—14 haben gezeigt, daß die Beurtheilung des Testamentes des Grafen v. M., die den Urtheilen des ersten Verfahrens zu Grunde liegt und die rechtskräftige Entscheidung des dritten Urtheils herbeigeführt hat, sich auch bei wiederholter Prüfung des Testamentes als vollständig begründet erweist, und daß alle dagegen vorgebrachten Gründe ihre Richtigkeit nicht zu erschüttern vermögen. Damit fällt die Behauptung, für die allein die ganze Untersuchung wiederholt werden mußte, nämlich, daß die Frau v. W. dem Inhalte des Testamentes zufolge vollständig berechtigt gewesen sei, dasselbe für destitut und daher sich für die Intestaterbin zu halten, von selber vollständig zusammen, und die Frage könnte nur noch sein, ob das Testament der Frau v. W. wenigstens einen genügenden Anhalt bot, um jene Ansicht zu fassen und bei sich zur Ueberzeugung auszubilden. Dieses wird nicht nur von Wächter, sondern auch in dem (Gießener) Urtheile der vorigen Instanz behauptet, weil man nur durch die feinsten Künste der Interpretation die Geltung des Testamentes begründen könne, und die Zweifelhaftigkeit der Entscheidung sich namentlich darin zeige, daß jedes der drei Urtheile die Gültigkeit in einer ganz verschiedenen Weise begründen wolle.

Indessen ist diese Auffassung doch etwas gar zu allgemein gehalten und man muß, um hier ein richtiges Urtheil zu fällen, zweierlei sehr wesentlich trennen und verschieden beurtheilen, nämlich die thatsächlichen und die rechtlichen Elemente, von denen die Gültigkeit des Testamentes abhängt:

a) In der ersten Beziehung lag die Sache für die Frau v. W. sehr einfach und sehr klar vor. Ueber die Thatsache, was eigentlich ihr Bruder gewollt und beabsichtigt habe, konnte sie nicht den allermindesten Zweifel haben. Einerseits hatte er mit völlig unverblümter Klarheit im Codicille gesagt, daß die v. W. und Consorten sich nicht also gegen ihn aufgeführt hätten, um ihnen von seinem Vermögen etwas zufließen zu lassen" und sie sich den dadurch zugezogenen Schaden selbst zuzuschreiben hätten, und daß im Gegentheile seine Erben verpflichtet sein sollten, den im Gange befindlichen Prozeß gegen sie wegen ihrer „recht vom Zaune gebrochenen Widerspenstigkeit ohne Ausnahme eifrigst fortzusetzen." Hierüber war also ein Zweifel nicht möglich. Anderseits lag die Absicht der Verwendung

des Vermögens zu einem ewigen Familien-Fideikommisse ebenso klar und unzweifelhaft vor, und zwar in allen Hauptpunkten:

a) daß es nicht nur für seine Descendenz, sondern event. auch für seine Seitenverwandtschaft sein sollte, und zwar mit genauer Bestimmung der Personen und der Successionsordnung:

b) daß wenn er Kinder bekäme, diese nur den Pflichttheil haben sollten, alles Uebrige Fideikommiß sein sollte, somit wenn er keine Kinder bekäme überhaupt Alles;

c) daß er gar nicht sicher auf Kinder rechnete, somit für den Fall, daß er keine bekäme, die Vettern gleich primo loco eintreten sollten.

Ueber alle dieses konnte die Frau v. W., wenn sie das Testament einfach als Laie mit gesundem Menschenverstande durchlas, nicht den mindesten Zweifel haben, und hat ihn in der That auch faktisch gar nicht gehabt.

Von „feinen Künsten der Interpretation", wie das Gießener Urtheil sagt, von verschiedenen und widersprechenden Standpunkten konnte in allen diesen Beziehungen gar keine Rede sein. Das einzige „Kunststück" war, den Ausdruck „nach Abgang" mit auf den Fall der vollständigen Ermangelung zu beziehen. Darüber aber hatte die Frau v. W., wie oben gezeigt ist, gerade ebensowenig oder noch weniger einen Zweifel, als neuerdings die drei Fakultäten. Demgemäß ist denn auch unter allen den nichtigen und frivolen Anfechtungsgründen gegen die Gültigkeit des Testamentes, die der Advokat der Frau v. W. bei Einholung des Göttinger Gutachtens suppeditirt hat, kein einziger, der direkt oder indirekt darauf beruhte, daß es gar nicht im Willen und der Absicht des Erblassers gelegen habe, sein Vermögen für das Fideikommiß zu verwenden.

§. 16.

Somit konnte nur:

b) die Frage sein, ob in den rechtlichen Elementen des Testamentes für die Frau v. W. ein genügender Grund zum Glauben an seine Ungültigkeit lag.

Dabei tritt indessen ein wesentlich anderer Standpunkt der Beurtheilung ein, als bei den bisherigen faktischen Elementen. Es handelt sich nun um reine Rechtsfragen, nämlich um die Destitution des Testamentes, also um die Zulässigkeit der Errichtung des Fidei-

kommisses durch Erbeinsetzung, und über das Verhältniß der direkten und indirekten Substitution. Eine unrichtige Auffassung dieser Punkte würde also ein Rechtsirrthum sein und nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen sein. Daraus folgt aber:

1. In Betreff der psychologischen Beurtheilung des Irrthums, daß hier der Laie als solcher gar kein eigenes Urtheil und Wissen hat. Ueber die Thatsachen hat der Laie eigene Kenntniß und eigenes Urtheil. Die Kenntniß wird ihm durch die äußeren Umstände von selber gegeben und zu ihrer Beurtheilung gehört nur der allgemeine gesunde Menschenverstand. Frau v. W. konnte nach ihrer Kenntniß ihres Bruders aus seinem Charakter, seinen Neigungen und seinen Lebensschicksalen und seinem Verhältnisse zu ihr und seinen übrigen Verwandten wohl ziemlich sicher beurtheilen, welche Intentionen er in Betreff seines Vermögens und des Fideikommisses in Beziehung auf dieselben und seine Descendenten und Seitenverwandte gehabt habe. Dagegen konnte sie über die Frage, ob eine Erbschaft als solche zum Gegenstande eines deutschen Familien-Fideikommisses gemacht werden darf, ob der erste Fideikommissar zugleich Erbe sein kann, ob eine fideikommissarische Substitution eventuell als vulgare gelten kann u. s. w., an sich gar kein Urtheil haben. Alle diese Fragen setzen Kenntniß der Rechtssätze als solcher, und hier der Verschiedenheit des Römischen und Deutschen Rechts, voraus, und können daher nur von dem, der durch Studium oder Praxis Rechtserkenntniß erworben hat, beurtheilt werden, nicht aber vom Laien als solchen. Der Laie hat also nur die Wahl, entweder nach seinem Rechtsgefühle und etwaiger eigener Erforschung der Gesetze sich eine Rechtsansicht und einen Glauben zu bilden, oder einen Rechtsverständigen zu befragen. Das erstere steht ihm natürlich frei, allein ebenso versteht sich, daß solche selbstgemachte, vielleicht ganz unsinnige, Rechtsansichten und Deductionen keine bona fides begründen können, sonst könnte sich ja Jeder selber seine bona fides in iure zusammenkonstruiren. Es zeigt sich dabei recht deutlich, wie wenig der bloße factische gute Glaube zur bona fides genügt, und wie richtig das Römische Prinzip ist, daß der error iuris keine Usucapion begründen kann. Daraus folgt nun aber, wie wenig Gewicht darauf zu legen ist, wenn die beiden bisherigen Erkenntnisse und auch Wächter die wahrscheinlichen Ansichten der Frau v. W. über diese Rechtsfragen psychologisch a priori zu deduciren und festzustellen suchen. Wenn

Wächter z. B. sagt: „Die Auffassung, daß in der Stiftung eines Deutschen Familien-Fideikommisses zugleich eine Erbeseinsetzung enthalten sei, mußte einem Laien, vollends in damaliger Zeit, ganz fern sein“, so könnte man ebenso gut sagen: dem Laien, vollends in damaliger Zeit, lag die ganze Trennung von Erbeinsetzung und Universal-Fideikommiß vollständig fern, er fand gar kein Bedenken darin, sein ganzes Vermögen direkt zum Fideikommiß zu machen u. s. w. Was kann überhaupt darauf ankommen, was sich ein Laie in seiner Rechtsunkenntniß für Ideen, Vorstellungen oder Fantasien vom Rechte macht!

Demnach steht die Sache so: Das einzige vom Testamente, was die Frau v. W. selber ohne Rechtskenntniß verstehen und beurtheilen konnte, aber auch mußte, war, daß ihr Bruder ihr absolut und unbedingt gar nichts zuwenden wollte, daß er für den Fall, daß er keine Kinder bekäme, vielmehr sein ganzes Vermögen als Fideikommiß seinen Vettern geben wollte. Hierüber hatte sie auch keinen Zweifel. Die Frage war nur für sie, ob sie diese Bestimmungen anerkennen und gelten lassen müsse, oder ob sie dem Testamente nicht in irgend einer Weise, d. h. aus irgend einem formell juristischen Grunde beikommen und es, wie der alte Graf schon vorausgesagt hatte, „mit allerlei Distinctionen untergraben“ könnte. Darüber konnte sie aber für sich allein keinenfalls zu einer irgend begründeten Annahme und zu einem wirklichen Glauben kommen, sondern durchaus nur durch Befragung ihres Advokaten und durch Belehrung von diesem. Daß dieser ihr nun die Möglichkeit vorgeredet hat, mochte er selber daran glauben oder nicht, daß sie ihm Alles, was er zu ihrem Vortheile und wie sie das schöne Rittergut bekommen könne, gerne aufs Wort geglaubt hat, daß sie ihre bisherige mala fides bereitwilligst mit der neuen bona fides vertauschte, wer möchte das widerlegen, ja nur sicher leugnen wollen? Aber kann man das nun bona fides nennen? Allerdings, wenn fides wirklich nichts Anderes wäre, als das factische Glauben, so müßte man es. Aber die fides, die Cicero „fundamentum iustitiae“ nennt, und von der A. Gellius sagt, daß das römische Volk „omnium virtutum maxime et praecipue fidem coluit sanctamque habuit“, die ist es sicherlich nicht.

Es entsteht daher

2. die Frage, wie das Verhältniß der Parteien und ihres

Rathgebers in dieser Beziehung zu beurtheilen ist. Offenbar darf man beide nicht trennen und nur darauf sehen wollen, was die Partei selber geglaubt hat. Denn sonst würde der gewissenlose Advocat, der die Unhaltbarkeit eines Anspruchs wohl erkennt, aber den fetten Prozeß nicht aus der Hand geben will und daher der Partei die Durchführbarkeit einredet, diese stets in bona fides versetzen. Damit würde ja alle und jede vernünftige und rechtliche Beurtheilung der bona fides ganz vollständig aufhören. Jede Frage um Rechtsbelehrung ist ein Mandat, das Mandat, die Belehrung zu ertheilen. Der Berather ist daher gewissermaßen der Vertreter des juristischen Denkens, Wissens und Glaubens des Quärenten. Er muß daher nach Analogie der sonstigen Vertretung bei der Usucapion beurtheilt werden. Wie sonst die mala fides des Vertreters dem Usucapienten schadet und die bona fides ihm nichts nützt, wenn er selber in mala fide ist, so muß es auch hier sein. Es ist das um so zweifelloser, weil namentlich bei Advocaten die Verhältnisse von Beistand, Berathung und Vertretung gar nicht so scharf getrennt sind, sondern oft ganz in einander übergehen.

Wenn nun aber das juristische Meinen und Glauben des Berathers ganz als das des Quärenten behandelt werden muß, so folgt daraus, daß nicht nur dessen wirkliches Wissen des Unrechts, sondern ebenso auch schon sein leichtfertiges und grundloses Annehmen von solchen Rechtssätzen dem Quärenten schaden muß. So wenig die eigenen haltlosen juristischen Spekulationen und Fantasien der Partei ihr nützen können, so wenig können es auch die ihres Berathers.

Wer fremde Rechtsdeductionen annimmt, muß sich ebenso wie der, der sie sich selber macht, von vorne herein sagen, daß sie falsch sein können, daß der Gegner jedenfalls geradezu die entgegengesetzten Deductionen aufstellt, und die Entscheidung des Gerichts zweifelhaft ist. Ein solcher Zustand des Zweifels verhindert aber wahre bona fides. Man kann nicht sagen, man habe gezweifelt, man habe dem Berather unbedingt geglaubt u. dgl. Man muß sich sagen, daß auch der Berather irren kann; es ist von selber unredlich, sich seines Vortheils wegen sorglos und unbekümmert in einem Vertrauen und Glauben zu wiegen, dessen Begründung man gar nicht selber beurtheilen kann, und dessen Unsicherheit man sich selber sagen muß. Unmöglich kann der höhere Grad der subjectiven Einseitigkeit und egoistischen Verblendung die Vortheile der bona fides geben, die dem

redlichen Unbefangenen und daher wirklich Zweifelnden fehlt. Demnach kann es:

3. nur auf die objektive Begründung der Rechtsansichten, also die objektive Entschuldbarkeit des Rechtsirrthumes ankommen. Zwischen der Partei und ihrem Berather ist kein Unterschied, es muß ein fester objektiver Maßstab angelegt werden; nicht das entscheidet, was eine Partei subjektiv für Recht gehalten hat, sondern was sie dafür hätte halten sollen und können. Wer auf seine oder seines Advocaten einseitigen Rechtsdeductionen hin Sachen in Besitz nimmt, mag das auf seine Gefahr hin thun, um die Vortheile des Besitzes zu erlangen, aber er darf sich nicht, wenn die Deductionen sich nachher als falsch erweisen, für einen bonae fidei possessor ausgeben und auf seine Deductionen hin Rechte erwerben wollen, auf die er an sich keinen Anspruch hatte.

Vielmehr greift nun hier nach den oben gegebenen Ausführungen die Regel ein: in iure erranti non procedit usucapio. Diese ist an sich ganz absolut ausgesprochen. Ausnahmen sind direkt nirgend gemacht und Wächter will sie daher ganz ausschließen, freilich nur bei der beschränkten Beziehung, die er der Regel giebt. Man wird sie nach den allgemeinen Grundsätzen allenfalls zulassen können, aber natürlich nur selten und nur bei wirklich objektiver Entschuldbarkeit, also wenn äußere Hindernisse der Rechtsbelehrung entgegenstanden, oder im Rechte selber besondere Gründe der Entschuldbarkeit liegen, wie bei Gewohnheitsrechten, fremden Rechten u. dgl. Dagegen ist es offenbar viel zu weit gegangen, wenn man auch bei einfachen Controversen stets Entschuldbarkeit annehmen wollte, oder dann, wenn Gründe und Auctoritäten für eine Ansicht angeführt werden können, oder wenn ihre Widerlegung schwierig und weitläufig ist. Es giebt ja im Rechte fast gar keinen Satz, der nicht in unserer weitläufigen Literatur irgendwie direkt oder indirekt bestritten wäre, und gegen den nicht irgend welche Gründe sich einwenden ließen und eingewendet wären, und daß oft bei den grundlosesten Behauptungen die Widerlegung die meiste Mühe macht, und daß namentlich jeder Advocat es in der Hand hat, mit jeder weiteren Instanz die Rechtsausführungen und Widerlegungen immer weitläufiger zu machen, das ist zur Genüge bekannt. Das Alles kann aber über die bona fides der Parteien unmöglich entscheiden. Man würde mit jenen Ausnahmen das ganze Princip der Behand-

lung des Rechtsirrthums aufheben und der mala fides Thor und Thür öffnen, da sie dann ganz leicht stets hinter Deduktionen, Citaten und Auctoritäten versteckt werden könnte. Wer wahrhaft redlich und bona fide ist, sagt sich bei solchen Verhältnissen, daß sein Recht zweifelhaft ist; er mag sein Recht versuchen, kann aber nicht den Schein einer festen zweifellosen Ueberzeugung prätendiren. Die Zweifel, die er entweder wirklich gehabt hat oder die er wenigstens hätte haben sollen, heben hier den Begriff der wahren bona fides auf. Es ist zwar von jeher in der Literatur und so auch in den Verhandlungen des gegenwärtigen Prozesses viel über die Bedeutung der Zweifel bei der bona fides gestritten. Der Streit hat aber einen wirklichen Boden nur bei dem Irrthume und den Zweifeln über Thatsachen und subjektive Rechte. Hier kann man einen festen und begründeten Glauben an sein Recht haben und doch die Möglichkeit der fremden Behauptung zugeben, weil man ihren Beweis verlangen und abwarten kann; bei Rechtssätzen ist eine solche Scheidung von Ueberzeugung und Gegenbeweis nicht möglich, die Möglichkeit der Gegenansicht hebt hier die Festigkeit der Ueberzeugung selber auf.

Beurtheilt man hiernach den vorliegenden Fall, so ist übrigens hier gar nicht einmal eine wirklich besonders zweifelhafte Rechtsfrage und ein sehr schwieriger Conflikt von Ansichten und Gegenansichten vorhanden. Die Sache ist im Gegentheil an sich ziemlich einfach, sie beruht eigentlich der That nach in Wahrheit nur auf der Frage, ob man sein Vermögen unmittelbar, d. h. ohne Vermittlung eines sonstigen Erben, zu einem Familien-Fideikommisse bestimmen kann, und diese Frage, wie sie heutzutage wohl kaum als zweifelhaft gelten kann, wurde auch damals von den kompetenten Erbschaftsgerichten ohne Weiteres bejaht. Der ganze Streit ist überhaupt nur dadurch entstanden, daß der Advocat der Frau v. W. in geschickter Weise, bewußt oder unbewußt, die Sache von der eigentlichen Frage abgelenkt und auf die eigentlich gar nicht begründete Frage hingeleitet hat, ob in der Substitution ins Fideikommiß auch eine Substitution in die Erbeinsetzungen auf die Pflichttheile enthalten sei. Dadurch hat sich schon damals die Göttinger Facultät verleiten lassen, die Sache schief aufzufassen, und natürlich ist dieser Gesichtspunkt denn auch im gegenwärtigen Processe zur Grundlage der Vertheidigung gemacht. Wenn aber in der gegen-

wärtigen sententia a qua gesagt wird, die Verschiedenheit der drei Urtheile des ersten Verfahrens zeige, wie schwierig und zweifelhaft die Sache sei, so ist dies nicht ganz den Akten entsprechend. Das erste (Göttinger) und dritte (Berliner) Urtheil haben in der Hauptfrage übereinstimmend denselben Standpunkt eingenommen, und nur das zweite (Haller) Urtheil hat sich verleiten lassen, auf die Abwege des Advokaten der Frau v. W. einzugehen.

Sieht man aber überhaupt von allen Auctoritäten ganz ab und nimmt nur die Sache selbst, so beruht die ganze angebliche bona fides der Frau v. W. allein und lediglich darauf, daß ihr Advocat ihr gesagt hatte, sie könne das Testament angreifen, weil die Berufung der Vettern zum Fideikommiß keine Substitution unter die Erbeinsetzungen der Kinder enthalte. Daß sie es geglaubt hat und gern geglaubt hat, ist freilich nicht unwahrscheinlich. Aber soll nun eine solche an sich völlig unbegründete, aber geschickte advocatische Verdrehung des richtigen rechtlichen Standpunktes, mag sie mit oder ohne Absicht geschehen sein, genügen, um die bona fides mit ihren positiven Folgen für die Verjährung zu begründen? Dann muß man wenigstens den Satz, daß Rechtsirrthum zur Usucapion nicht nütze, aufgeben. Denn es wird wenige Fälle geben, wo der Rechtsirrthum einer Partei nicht in gleichem Grade wahrscheinlich und entschuldbar erscheinen würde.

Wenn man nun noch hinzunimmt, daß die Frau v. W. sich von vorne herein mala fide in den Besitz gesetzt hatte, wissend, daß ein Testament da sei und daß sie ganz gewiß nicht darin eingesetzt sei, also in der Hoffnung, daß sie nach Eröffnung des Testamentes schon irgend einen Anhalt zur Anfechtung desselben finden würde, so muß man es vollends für ganz unmöglich erklären, daß jene Rechtsidee ihres Advocaten genügen könne, um bona fides und Verjährung für sie zu begründen.

3. Das Göttinger Gutachten.

§. 17.

Dieses Gutachten ist im gegenwärtigen Beweisverfahren die Hauptgrundlage der Vertheidigung geworden. Die beiden ersten Erkenntnisse, das Tübinger und Gießener, nehmen ohne Weiteres an, daß dadurch die bona fides der Frau v. W. unwidersprechbar be-

gründet sei, selbst wenn sie vorher mala fide gewesen sei, und differiren nur darüber, ob diese bona fides durch das spätere Leipziger Erkenntniß wieder aufgehoben sei oder nicht. Dabei gehen beide davon aus, daß der Auctorität der Göttinger Fakultät gegenüber die Frau v. W. keinen Grund gehabt habe, an der Richtigkeit ihrer Ansicht zu zweifeln, erst das Leipziger Urtheil hätte sie erst zweifelhaft machen müssen. Beide legen also einfach und vollständig den subjektiven und psychologischen Maßstab an, gehen dabei aber nirgend auf die wichtige Vorfrage ein, ob und wieweit dieser Maßstab hier überhaupt möglich und zulässig ist. Doch ist diese hier sehr präjudicirend und keineswegs so einfach abzumachen, wie die Urtheile angenommen haben.

Es ist bereits oben ausgeführt, daß rein psychologisch genommen auch schon kein Grund war, warum die Frau v. W. nicht ihrem Advocaten hätte glauben sollen, daß sie Recht habe. Das Gießener Urtheil sagt selber: sie hätte von einer seltenen Unbefangenheit sein müssen, wenn sie ihm keinen Glauben geschenkt hätte. Es ist aber auch gezeigt, daß namentlich in Betreff der Rechtsfragen einem solchen Glauben überhaupt gar kein Werth beizulegen ist. Was wurde nun daran durch das Göttinger Gutachten geändert? und wie? Die Wirkung könnte entweder auf die Gründe des Gutachtens oder auf die Auctorität der Fakultät gestützt werden. Die beiden Urtheile legen das Hauptgewicht auf das erstere, indem sie daran die Frage über die Abwägung der Gründe der Göttinger und Leipziger Fakultät von der Frau v. W. knüpfen. Aber wohin führt das? Danach soll also über eine Rechtsfrage, die nach der Ansicht der Gießener Fakultät so schwierig ist, daß fünf Fakultäten verschiedene Ansichten darüber gehabt hätten, und deren Entscheidung allerdings ohne Kenntniß des Römischen und Deutschen Rechts gar nicht möglich ist, die Frau v. W. nach persönlicher Prüfung der von beiden Fakultäten vorgebrachten Gründe selber ein Urtheil fällen, und das soll dann über ihre bona fides entscheiden! — Ist das nicht eine reine Illusion? Welchen Werth kann ein solches Urtheil haben? Mußte nicht die Frau v. W., wenn sie ehrlich sein wollte, sagen, sie verstehe das nicht und müsse sich da ganz auf ihren Advocaten verlassen? und kam dann nicht wieder Alles auf dessen, also ihres Vertreters, Urtheil und — guten Willen hinaus?! Aber weiter noch. Die Göttinger Ausführung ist in der Hauptsache nicht eigentlich

gründlich und genau. Die Hauptfrage, ob ein Deutsches Familien-Fideikommiß direkt durch Erbeinsetzung gestiftet werden könne, übersieht das Gutachten ganz, ebensowenig geht es auf die Schwierigkeiten ein, die der Erhaltung des Fideikommisses durch die Codicillarklausel entgegenstehen. Frau v. W. konnte diese Mängel natürlich auch nicht aus eigener Rechtskenntniß ergänzen, und ihr Advocat, wenn er wirklich tiefer in der Sache sah, was freilich nach seinen aufgestellten „quaestiones" nicht wahrscheinlich ist, konnte sich schwerlich veranlaßt sehen, sie mit weiteren Scrupeln, die selbst die Göttinger Fakultät nicht gehabt hatte, zu belästigen. Was kommt nun aber da schließlich für eine bona fides in Betreff der Rechtsfrage heraus! Die Regel in iure erranti non procedit usucapio verlöre jedenfalls allen und jeden praktischen Werth.

Läßt man die Wirkung der Gründe fallen, und hält sich an die Auctorität, so könnte man sagen: eben weil Frau v. W. kein eigenes Urtheil über die Sache hatte und es sich auch nicht anmaßen wollte, hat sie die Fakultät gefragt; sie hat aber ihre redliche Absicht gerade dadurch gezeigt, daß sie sich bei den Ansichten und Versicherungen ihres Advokaten nicht beruhigte, sondern eine höhere Auctorität um ihre Ansicht befragt hat; nach deren Ausspruche aber noch ferner zu zweifeln, war ihr nicht zuzumuthen. Allein, daß der Hergang bei dem Gutachten so gewesen ist, ist völlig unerwiesen; es kann gerade ebensogut so gewesen sein, daß der Advocat bei den auftretenden Ansprüchen sich wegen seiner Verantwortlichkeit, namentlich auch in Betreff der Folgen der mala fides, decken wollte und für alle Fälle eine Information für sein weiteres Verhalten in der Sache bei den zu erwartenden Prozessen zu erlangen wünschte. Dies ist sogar der bei weitem wahrscheinlichere Grund. Denn nur daraus erklärt sich, daß er in den 22 Fragen, die er der Fakultät vorlegte, alle möglichen prozessualischen Eventualitäten bei der Sache zusammenstellte und Belehrung darüber erbat, und darunter namentlich auch in qu. 5. die, ob die Frau v. W. im Falle des Unterliegens als malae fidei possessor würde behandelt werden können.

Demnach könnte die Wirkung der Auctorität des Gutachtens jedenfalls nur allgemein darauf gestellt werden, daß die Frau v. W. ein so bedeutendes wissenschaftliches Collegium jedenfalls als eine genügende Competenz habe ansehen müssen, um sich auf seinen Ausspruch vollständig verlassen zu können. Alle Möglichkeit, in Rechts-

fragen eine bestimmte Ansicht mit Vertrauen fassen und wirklich in bona fides kommen zu können, scheint ja zu schwinden, wenn man auch den Gutachten der Deutschen Rechtsfakultäten nicht mehr soll trauen dürfen! Das ist allerdings richtig, allein es steht auch nirgend geschrieben, daß man den Satz in iure erranti non procedit usucapio durch die Auctorität von Rechtsgutachten ausschließen könne. Allerdings hat der, der sich ein Fakultäts-Gutachten geben läßt, eine Berechtigung, den Inhalt als wahr anzunehmen, man kann ihm keinen Vorwurf machen, wenn er einer solchen Auctorität Glauben schenkt; man wird daher in der Regel keinen dolus und kein besseres Wissen bei ihm annehmen können. Allein anderseits darf man die Bedeutung solcher Gutachten doch auch nicht überschätzen. Ihr Zweck ist doch an sich nur, dem Quärenten eine Belehrung über die betreffenden Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen und eine von Sachverständigen kollegialisch erwogene Ansicht über dieselben zu geben. Aber weiter darf man auch nicht gehen. Die Gutachten sind keine Orakelsprüche und haben auch nicht einmal die Kraft der römischen responsa prudentium der Kaiserzeit. Jeder Quärent muß sich sagen, daß er doch immer nur die Ansicht einer bestimmten Anzahl von Männern bekommt, die zwar im Allgemeinen ein sehr competentes Urtheil über die Sachen haben, deren Aussprüchen aber eine besondere formelle Kraft nicht zukommt, deren Meinung unter Umständen auch sehr einseitig sein kann, so daß ihre Anerkennung bei den Gerichten sehr zweifelhaft ist, und man sich auf sie daher objektiv durchaus nicht sicher verlassen kann. Wie verschieden die Ansichten der Fakultäten, namentlich unter dem Einflusse einzelner hervorragender Mitglieder sein können, wie man sich danach ihre Richtung bei bestimmten Rechtsfragen häufig schon im voraus mit ziemlicher Sicherheit sagen kann, und zwar verschieden für verschiedene Fakultäten, ist hinreichend bekannt (und wird in der Praxis in Prozessen bei den zulässigen Exemtionen bestimmter Fakultäten auch zur Genüge benutzt). Es liegt darin auch an sich gar nichts Tadelnswerthes und die Fakultäten Herabsetzendes, sondern im Gegentheil nur eine natürliche und erfreuliche Folge des freien wissenschaftlichen Lebens auf den Deutschen Universitäten, bei dem sich die Individualität der einzelnen bedeutenden Persönlichkeiten selbständig und ungehemmt entwickeln und Geltung verschaffen kann, und nicht wie bei subordinirten Gerichten durch die Auctorität und Präponderanz eines ober-

sten Gerichts erstickt wird. Nur darf man ihnen darum keine größere Kraft beilegen wollen, als ihnen natürlicher Weise von selber zukommt.

Die Consequenz hiervon für die Verjährung ist, daß ein Facultätsgutachten an sich zur Begründung der bona fides in Rechtsfragen nicht genügt und die Wirkung der Regel in iure erranti non procedit usucapio nicht aufheben kann. Es ist nicht genug, daß der Besitzer subjektiv glaubt, seine Ansicht sei die richtige, und daß er dafür die Auctorität einer Fakultät hat. Auch sie ist nur ein von ihm zu Rathe gezogener Berather, bei dem er sich die Möglichkeit des Irrthums von vorn herein sagen und deren Irrthum er daher auf sich nehmen muß. Wie bedenklich es wäre, bei jedem Fakultätsgutachten ohne Weiteres bona fides anzunehmen, zeigt gerade das Göttinger Gutachten besonders deutlich, da dieses gerade in den Hauptfragen des Rechtsstreites, der Einsetzung des Fideikommisses und der Wirkung der Codicillarklausel, offenbar ungenügend ist und eigentlich nichts weiter enthält, als was der Advokat der Frau v. W. in seinen Quästionen selber schon angedeutet hatte. Auf diese Weise würde der wohlthätige Satz in iure erranti etc. gerade für wichtige Fälle im Resultate wieder fast illusorisch werden.

4. Das Leipziger Erkenntniß.

§. 18.

Selbst wenn man dem Göttinger Gutachten eine größere Bedeutung für die bona fides der Frau v. W. nach dem subjektiven psychologischen Standpunkte beilegen wollte, als ihm nach den bisherigen Ausführungen zukommt, so würde deren Werth doch jedenfalls durch das Leipziger Erkenntniß vollständig wieder aufgehoben werden. Es sind über dieses Erkenntniß in dem Tübinger Urtheile und dem Wächter'schen Gutachten sehr weitläufige Ausführungen gegeben. Das Tübinger Urtheil nimmt an, das Leipziger Erkenntniß sei zwar ziemlich oberflächlich, da es namentlich auf die Substitutionsfrage bei dem Testamente gar nicht eingehe, es sei insofern an sich nicht geeignet gewesen, die Frau v. W. von der Grundlosigkeit ihrer Ansprüche zu überzeugen, allein es sei eben doch immer ein gerichtliches Erkenntniß gewesen und habe darum der Frau v. W. doch jedenfalls ebenso viel Mißtrauen in ihr Recht einflößen müssen, als das Göttinger Gutachten ihr Vertrauen gegeben habe. Hier-

gegen hat Wächter geltend gemacht, daß das Urtheil blos die Sequestration des v. S.'schen Hauses betreffe, also blos possessorisch sei und der Frau v. W. die petitorische Erbschaftsklage ausdrücklich vorbehalte; auch sei es so oberflächlich, daß es sage, Frau v. W. habe gar keine Ursache der Ungültigkeit des Testamentes angegeben, während diese sich doch ausdrücklich auf den Mangel einer gehörigen Erbeinsetzung berufen habe; unter diesen Umständen habe das Urtheil die durch das gründliche Göttinger Gutachten bewirkte Ueberzeugung der Frau v. W. nicht aufheben oder auch nur erheblich schwächen können. Dasselbe nimmt das Gießener Urtheil an.

Es ist leicht ersichtlich, daß die Hauptvorfrage auch hier wieder die ist, in welcher Weise eine Einwirkung des Urtheiles auf die bona oder mala fides der Frau v. W. überhaupt rechtlich möglich war. Wenn man das Gewicht auf die überzeugende Kraft der darin angeführten Gründe legen wollte, so konnte der Einfluß nicht groß sein, denn Gründe sind überhaupt nicht weiter angeführt, als: die Frau v. W. sei nicht Erbe, der C. W. v. M. sei „zum ersten herede fiduciario eingesetzt," die übrigen Verwandten seien ausgeschlossen, das Testament habe keinen äußeren Mangel, die Frau v. W. habe gar keine Ungültigkeitsgründe angegeben. Es sind das eigentlich gar keine Gründe, sondern Behauptungen, oder vielmehr, da es ein Urtheil ist, Entscheidungen der einzelnen Vorfragen für die Hauptentscheidung. Insofern ist es ganz richtig, daß das weitläufig ausgeführte Göttinger Gutachten durch das Leipziger Urtheil nicht widerlegt wird. Allein es ist überhaupt falsch, die Bedeutung des Urtheils und des Gutachtens gleichmäßig nach der überzeugenden Darlegung ihrer Gründe zu bemessen. Ein Gutachten, da es belehren soll und nur durch seine Gründe wirken kann, muß ausführlich sein; ein Urtheil, da es nur entscheiden soll und durch sich selbst seine Kraft hat, braucht nur die Gesichtspunkte für seine Entscheidung anzugeben, auch ohne Widerlegung der Gegenansichten, namentlich wenn es sich nur um provisorische und Nebenpunkte handelt. Daraus folgt nicht, daß es oberflächlich und nachlässig abgefaßt sei. Die gewissenhafte Erwägung der Gründe für und wider ist dabei stets von selbst vorauszusetzen. Auch ist es bei dem Leipziger Urtheile nicht begründet, wenn ihm Wächter (S. 51) sogar Aktenwidrigkeit vorwirft, weil es sage, die Frau v. W. habe keinen Ungültigkeitsgrund angegeben, während diese doch „deficientiam validi testamenti

in eoque instituti heredis“ ausdrücklich angegeben habe; denn gerade auf den Grund, warum denn der C. W. v. M. nicht als eingesetzt angesehen werden könne, kam es ja an; ohne ihn sind jene Worte eine leere Behauptung.

Hiernach würde man nun selbst den psychologischen Eindruck des Leipziger Urtheils nicht so bestimmen dürfen, daß die Frau v. W. wie ein Rechtsgelehrter die Gutachten der beiden Fakultäten verglichen, mit höherer Rechtskenntniß geprüft und sich für das Göttinger wegen größerer Tiefe seiner Gründe entschieden habe. Vielmehr möchte wirklich psychologisch der Erfolg wohl lediglich der gewesen sein, daß sie durch das praktische Urtheil, welches ihre Prätensionen in Betreff des Dresdener Hauses praktisch zurückwies, und zwar aus Gründen, die auch ihren andern Ansprüchen allen Boden entzogen, in einen nicht geringen Schrecken gerieth und zweifelhaft wurde, ob sie sich auf ihr Göttinger Gutachten auch wohl verlassen könne und ob sie am Ende praktisch viel damit erreichen würde. Ganz gewiß aber hat sie sich diese Zweifel nicht selber mit eigener Rechtskenntniß gelöst, sondern ihren Advokaten gefragt, was er jetzt von der Sache halte. Und unzweifelhaft hat dieser ihr geantwortet, sie möchte die Dresdener Ansprüche am Ende lieber ganz ruhen lassen, da sie da offenbar doch nichts erreichen würde, und ihre definitive dortige Abweisung auch für ihren Besitz von Gollmenglin gefährlich und präjudicirlich werden könnte, sie möge daher nicht appelliren, sondern jetzt, wo noch der Zweifel wegen des Todes des C. W. v. M. schwebe, sich ruhig mit ihrem Besitze von Gollmenglin begnügen und das Weitere abwarten; komme dann eine Klage, so komme diese an ein anderes Gericht, und da könne man denn versuchen, was mit dem Göttinger Gutachten zu machen sei, jedenfalls habe er sie auch wegen der Folgen der mala fides vorsorglich durch die qu. 5. im Gutachten sicher gestellt. Daß der Advokat diesen Rath gegeben, steht zwar nirgend geschrieben, aber es versteht sich nach den faktischen Umständen so ganz von selbst (jeder Advokat würde heutzutage ganz dasselbe rathen müssen) und wird überdies dadurch, daß die Frau v. W. in der That n i c h t appellirt hat und überhaupt auch von da an sich absolut nicht weiter in die Dresdener Verhältnisse eingemischt hat, so augenscheinlich bestätigt, daß wohl kaum ein Zweifel daran sein kann.

Nun entscheide man psychologisch und moralisch, ob ein solches

Verhalten noch als bona fides angesehen werden kann. Man könnte etwa sagen, Frau v. W. habe eben den Glauben an ihr Göttinger Gutachten nicht aufgegeben, zwar auf ihre weiteren Ansprüche als undurchführbar verzichtet, um so mehr aber in ihrem Gewissen sich berechtigt gefühlt, an Gollmenglin festzuhalten und die unberechtigten Ansprüche der Metzsch'schen Agnaten darauf abzuwarten. Allein auch dieser Schein verschwindet, wenn man die ganze Sachlage übersieht. Frau v. W. hatte von Anfang an den Besitz mala fide und nur in omnem eventum ergriffen; auch durch die Eröffnung des Testamentes konnte sie in sofern keinenfalls in bona fides kommen, als sie über die faktische Absicht ihres Bruders, sie auszuschließen, nicht den mindesten Zweifel haben konnte und auch nicht gehabt hat; ihr einziger Anhalt war die Idee ihres Advokaten, daß sich das Testament aus einem formellen Rechtsgrunde, nämlich dem angeblichen Mangel in der Erbeinsetzung, anfechten lasse. Ueber diese Rechtsfrage nun hatte sie in dem Göttinger Gutachten eine ihr günstige Antwort bekommen, und das war die einzige Grundlage für ihre ganze bona fides. Diese wurde jetzt durch das Leipziger Urtheil zweifelhaft. Frau v. W. sah aus dem Urtheile jedenfalls, daß die Ansichten der Göttinger Fakultät von der Leipziger nicht getheilt wurden, daß diese vielmehr die Ansicht der Dresdener Regierung bestätigte, die das Fideikommiß von Anfang an als gültig behandelt und daher vorläufige Maßregeln für seine Ausführung ergriffen hatte. Mochte sie das Leipziger Urtheil für gut oder schlecht halten, so viel mußte sie sich jedenfalls sagen, daß sie die Göttinger Rechtsansichten nicht unbedingt und zweifellos als die richtigen ansehen könne. Wenn man nun bedenkt, daß Rechtsirrthum eigentlich bona fides und Usucapion ganz ausschließt und Ausnahmen jedenfalls nur bei besonderer Entschuldbarkeit zuläßig sind, so muß man diese hier offenbar ganz entschieden verwerfen, da von einer Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums hier keine Rede sein kann. Denn das Mindeste wäre doch gewesen, daß sie nach der Kenntniß der Differenz der Rechtsansichten der Göttinger und Leipziger Fakultät zu irgend einer weiteren Nachforschung geschritten wäre, und zwar um so mehr, da es ihr so ganz unmittelbar nahe gelegt war, eine weitere Untersuchung und Entscheidung über das Verhältniß der Göttinger und Leipziger Ansichten zu bekommen, nämlich einfach, wenn sie gegen das Leipziger Urtheil appellirt hätte. Daß sie dieses

nicht that, deutet sehr bestimmt darauf hin, daß sie (d. h. natürlich ihr Advokat) trotz ihres Göttinger Gutachtens weniger Hoffnung auf eine Aenderung als Furcht vor einer Bestätigung des ersten Urtheils hatte; und selbst wenn auch andere Gründe dabei mitgewirkt haben sollten, kann man es keinenfalls einen entschuldbaren Rechtsirrthum nennen, wenn Jemand, nachdem er so direkt und wirksam und von so kompetenter Seite auf die Zweifelhaftigkeit seiner Rechtsansicht aufmerksam gemacht ist, dennoch ruhig dabei bleibt und alle, auch die nächstliegenden, Schritte, ins Klare zu kommen, ganz einfach unterläßt. Abgesehen von der Appellation hätte sie ja auch durch Provocation gegen den F. C. v. M., da er ja gegen ihre Besitznahme von Gollmenglin förmlichen Protest eingelegt hatte, eine Entscheidung herbeiführen können. Allerdings war sie dazu sonst nicht verpflichtet, und vortheilhafter ist es für den Besitzer immer, ruhig zu warten, bis er verklagt wird; deshalb mag er es auch immerhin thun, allein er darf sich dann nicht hinterher in den Mantel der Tugend hüllen wollen, und, weil er sich seine bona fides nicht hat stören lassen, darauf hin weitere Rechte durch Verjährung in Anspruch nehmen wollen. Wahre bona fides, d. h. wirkliche Ehrlichkeit und Redlichkeit, ist in Betreff des Rechtsirrthums nicht, wenn man irrige Rechtsansichten faktisch hat, sie auf irgend eine Auctorität hin steif und fest glaubt und sich darin durch nichts irre machen läßt, sondern nur wenn man einen genügenden objektiven Grund hat, sie zu glauben, und falls man triftigen Grund bekommt, daran zu zweifeln, nicht einfach die Augen vor den Zweifeln verschließt, sondern gewissenhaft der Sache auf den Grund zu kommen sucht. Beruhigt man sich ohne weiteres, so liegt darin schon von selbst eine Art mala fides, und jedenfalls bleibt es dann bei der Regel, daß: in iure erranti non procedit usucapio. Wenn daher Wächter am Schlusse seines Gutachtens (S. 62, 63) sagt, es sei durch nichts bewiesen, daß Frau v. W. wirklich Zweifel und Bedenken an ihrem Rechte gehabt habe, und darum könne auch die ganze Frage, welche Bedeutung den Zweifeln beizulegen sei, gar nicht zur Wirksamkeit kommen, so muß man als Resultat der bisherigen Ausführungen vielmehr den Satz aufstellen: nicht die Frage, ob Frau v. W. Zweifel und Bedenken faktisch wirklich gehabt hat, ist das Entscheidende, sondern ob sie dieselben hätte haben sollen, und wenn auch jenes nur bis zur Wahrscheinlichkeit erbracht wäre, so ist doch dieses mehr als hinreichend bewiesen.

Schluß.

§. 19.

Den späteren erst nach dem Leipziger Urtheile eingetretenen Ereignissen, über die von den Parteien auch noch für und wider verhandelt ist, möchte, soweit sie nicht bereits in den bisherigen Ausführungen schon berücksichtigt sind, wohl keine große Bedeutung für das Beweisthema zuzuschreiben sein. Denn wenn man annähme, daß die Frau v. W. durch das Göttinger Gutachten wirklich und auch rechtlich in bona fides versetzt sei, und diese auch durch das Leipziger Urtheil nicht wieder aufgehoben sei, so ließe es sich auch weiter wohl vertheidigen, daß sie sich auch durch die späteren Ereignisse nicht mehr habe irre machen lassen, und daß diese auch nicht etwa rückwärts einen Beweis für ihre frühere mala fides liefern. Nimmt man aber umgekehrt an, daß die Frau v. W. von Anfang an in mala fide war, und auch durch das Testament und das Göttinger Gutachten nicht in bona fides, wenigstens nach dem wahren rechtlichen Begriffe der bona fides, gekommen ist oder diese wenigstens jedenfalls durch das Leipziger Erkenntniß wieder aufgehoben ist, so liegt noch weniger irgend eine Thatsache vor, die später eine bona fides bei ihr hätte begründen können, auch ist dieses von Seiten der Vertheidigung nie behauptet.

Demnach hängt die Entscheidung ganz von den bezeichneten früheren Verhältnissen ab; diese genügen aber vollständig um zu einer festen Entscheidung zu gelangen, und zwar zu keiner andern, als der:

> daß der Beweis der mala fides der Frau v. Wülkniß als vollständig erbracht anzusehen ist.

(Berlin, 15. September 1870.)

II.

Theoretische Ausführung.

Das Wesen der bona fides.

§. 1. Die Theorie vom ächten und unächten Irrthum.

Man hat sich bei uns gewöhnt, den Ausdruck bona fides im Deutschen mit den Worten „guter Glaube" zu übersetzen und dabei den Gegensatz des irrigen Glaubens zum richtigen Wissen als die eigentliche Grundlage des ganzen Begriffes anzusehen. Einzelne, wie namentlich Savigny, vermeiden zwar den Ausdruck „guter Glaube" und setzen dafür „redliches Bewußtsein", nehmen aber doch in der Sache selber ganz denselben Standpunkt ein. Indessen darf man nicht glauben, daß damit für das eigentliche practische Princip der Lehre eine wirkliche Uebereinstimmung gewonnen sei. Im Gegentheil ist mit dem Begriffe des Irrthums ein Princip zu Grunde gelegt, was je nach dem Standpunkte, den man bei der Lehre vom Irrthume einnimmt, von vorne herein zu ganz verschiedenen Richtungen in der Beurtheilung des Begriffes bona fides führt. Es tritt das besonders auffallend hervor, wenn man die Theorien der beiden berühmtesten Bearbeiter der Lehre, v. Savigny und v. Wächter, mit einander vergleicht.

Savigny stellt in seinem Systeme, in dem Excurse über den Irrthum, die bekannte Unterscheidung von ächtem und unächtem Irrthume auf. Zu dem ersteren rechnet er[1] „die Fälle, in welchen der Irrthum die Folge hat, daß die anfängliche Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes hinterher weggeräumt wird, also die Ergänzung eines unvollständigen Rechtsgeschäftes durch den Irrthum vermittelt werden kann". Unter diese Fälle zählt er neben verschiedenen anderen auch die Usucapion, indem er sagt: „Wenn eine Handlung,

---

[1]) System. Bd. 3. S. 368 ff.

wodurch Eigenthum erworben werden soll, dazu auf irgend eine Weise untauglich ist, so kann der Erwerber dieses entweder wissen oder nicht. Im ersten Fall ist ihm nicht zu helfen; im zweiten dagegen wird das anfangs fehlende Eigenthum durch den Ablauf der Usucapionszeit ergänzt, vorausgesetzt, daß der Irrthum die gehörige Beschaffenheit hat.“ Diese Beschaffenheit besteht aber darin, daß er „ein factischer und durch die Umstände gerechtfertigter, also nicht leichtsinniger, Irrthum“ sei.

Auch Wächter (S. 15) geht von Savigny's Unterscheidung des ächten und unächten Irrthums, die er ausdrücklich als ein besonderes Verdienst Savigny's hervorhebt, aus, allein in völlig anderer Weise. Er bezeichnet „die zweite Kategorie, den unächten Irrthum,“ als die, „wenn der Irrthum blos ein Erkenntnißgrund eines nach einer gewissen Richtung mangelnden oder vorhandenen Willens ist,“ und rechnet dahin „namentlich auch den Fall der bona fides“, indem er sagt: „Wenn Jemand eine Sache in den Besitz genommen hat, sich aber über einzelne Thatsachen, durch welche die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes objectiv begründet wird, in einem Irrthume befindet, so ist hieraus zu erkennen, daß sein Wollen nicht auf Unrechtmäßiges gerichtet war, daß also die Thatsache der mala fides nicht vorliegt, sondern daß er das Rechtmäßige wollte, in seinem Rechte zu sein glaubte, daß also die Thatsache der bona fides vorhanden ist.“ Dem entsprechend fügt er in Betreff der Beschaffenheit des Irrthums hinzu: „Die Existenz dieser Thatsache aber, also die bona fides, kann dadurch, daß der Irrthum, aus dem das Wollen des Rechtmäßigen zu erkennen ist, ein mehr oder minder entschuldbarer oder ein unentschuldbarer war, nicht geändert oder beseitigt werden, so wenig als überhaupt etwas wirklich Daseiendes deshalb und dadurch ein nicht Daseiendes sein kann, weil es aus diesem oder jenem Grunde als ein Daseiendes sich ergab.“

Vergleicht man beide Darstellungen, so ergiebt sich die eigenthümliche Erscheinung, daß beide von derselben Begriffsunterscheidung ausgehen und doch zu ganz widersprechenden Resultaten gelangen. Indessen ist allerdings die Uebereinstimmung im Ausgangspunkte, wenn man sie genauer prüft, nur eine scheinbare. Denn Wächter nimmt die Unterscheidung von ächtem und unächtem Irrthum in der That in einem andern Sinne als Savigny. Dieser bezeichnet[1])

---

[1]) System. 3, 440.

als ächten Irrthum die Fälle, wo „die regelmäßigen Folgen solcher juristischen Thatsachen, die auf dem freien Willen beruhen, durch das Dasein eines Irrthumes aufgehoben oder verändert werden, indem der Wille, mit Rücksicht auf diesen Irrthum, als ein unvollkommener Wille betrachtet wird;" den unächten Irrthum nimmt er im Gegensatze dazu dann an, wenn „der Fall, worin ein Irrthum vorkam, auch schon an sich selbst so gestaltet ist, daß es an den nothwendigen Bedingungen einer juristischen Thatsache fehlt, und es also nicht der Irrthum ist, der die Folgen derselben hindert." Wächter (S. 14, 15) bestimmt den Unterschied dagegen in folgender Weise: „Die erste Kategorie ist, wenn der Irrthum für den Irrenden Bestimmungsgrund zu einer Handlung war, und nun die Frage entsteht, ob ein solcher Irrthum geeignet sei, die regelmäßigen Folgen, welche die Handlung an sich nach dem bestehendem Rechte hat, für den Irrenden auszuschließen. Die zweite Kategorie, der unächte Irrthum, ist, wenn der Irrthum blos ein Erkenntnißgrund eines nach einer gewissen Richtung mangelnden oder vorhandenen Willens ist." Diese Unterscheidung vom Bestimmungs- und Erkenntnißgrund stimmt mit der Savigny'schen vom Irrthum bei an sich wirksamen und an sich unwirksamen Thatsachen nicht überein. Sie kann aber auch nicht als eine Berichtigung der Savigny'schen Begriffsbestimmungen angesehen werden, da die beiden Begriffe Bestimmungs- und Erkenntnißgrund gar keinen durchgreifenden Gegensatz bilden und bei den meisten Handlungen neben einander angewendet werden können. Wenn z. B. der Käufer den Verkäufer irrthümlich für den Eigenthümer hält, so ist dieser Irrthum insofern Bestimmungsgrund für ihn, als er ohne den Irrthum nicht von diesem Verkäufer gekauft haben würde, insofern aber Erkenntnißgrund, als man daraus sieht, daß er kein Unrecht gewollt hat. Wenn Jemand eine Nichtschuld zahlt, so ist der Irrthum insofern Bestimmungsgrund, als er ohne ihn nicht gezahlt haben würde, insofern aber Erkenntnißgrund, als man daraus sieht, daß er nicht den animus donandi gehabt hat u. s. w.

Natürlich müssen beide Gesichtspunkte zu sehr verschiedenen Resultaten führen. Indessen ist es nicht nöthig, schon hier darauf einzugehen. Es kommt zunächst nur darauf an, zu zeigen, wie unzulässig es ist, aus so abstract construirten Begriffsbestimmungen, wie denen des ächten und unächten Irrthums, durch weitere abstracte Folgerungen a priori den Inhalt eines so positiven Begriffes, wie

der der bona fides, zu construiren und danach dann das practische Princip für die ganze Usucapion zu bestimmen. Eine Schlußfolgerung, wie die obige von Wächter: „so ist zu erkennen, daß er das Rechtmäßige wollte, in seinem Rechte zu sein glaubte, daß **also** die Thatsache der bona fides vorhanden ist“, ist eine reine petitio principii, die den zu erweisenden Begriff der bona fides schon als feststehend voraussetzt. Die Methode kann keine andere sein, als erst einmal die Worte aus der Sprache zu erklären und danach dann den Begriff aus dem Zusammenhange des Systemes zu entwickeln.

§ 2. Die legislativen Möglichkeiten.

Allerdings ist es zweckmäßig, daß man, um den Boden, auf dem man sich bewegt, zu übersehen und Einseitigkeiten zu vermeiden, von allgemeinen Ideen und Gesichtspunkten ausgeht. Indessen darf dieses nur darin bestehen, daß man die legislativen Möglichkeiten, d. h. die verschiedenen practischen Standpunkte, die das Recht oder eine Gesetzgebung einnehmen kann, zusammenstellt und in ihrer practischen Bedeutung vergleicht. Die eigentliche Entscheidung und die practische Bestimmung der Begriffe selber kann immer nur aus dem positiven Material der einzelnen Gesetzgebung entnommen werden.

Im Allgemeinen ist nun in Betreff des s. g. guten Glaubens [1]) ein doppelter Standpunkt möglich. Das Gesetz kann bestimmen, daß jeder, der nicht mit bewußter Widerrechtlichkeit eine Sache in Besitz bekommt, der also factisch den Glauben hat, daß keine Unrechtmäßigkeit vorhanden sei, usucapiren könne. Es kann aber auch sagen, nur der solle usucapiren, der bei redlicher Ueberlegung genügenden Grund habe, die Rechtmäßigkeit des Erwerbes anzunehmen. Im ersteren Falle genügt die einfache psychologische Thatsache, daß Jemand die Rechtmäßigkeit glaubt, also nicht mit Bewußtsein etwas unrechtmäßiges will, und es ist gleichgültig, ob sein Irrthum ein entschuldbarer ist, oder ob er leichtfertig und frivol ist und mit leichter Mühe und geringer Ueberlegung hätte vermieden werden können. Im zweiten Falle muß dagegen nach ethisch rechtlichen Grundsätzen bestimmt werden, wie weit die Pflicht des Nachdenkens

---

[1]) Vom Erfordernisse des Titels, ob wirklicher Titel nöthig ist, oder Putativtitel genügt, und unter welchen Voraussetzungen, sehe ich hier ganz ab. S. u. §. 11.

und der Ueberlegung den Umständen zufolge ging, und unter welchen Voraussetzungen daher der Glaube und der Irrthum als ein entschuldbarer und gerechtfertigter angesehen werden kann.

Ich habe diese beiden Standpunkte oben im Gutachten § 3 und 4 als psychologischen und ethischen Standpunkt unterschieden. Dagegen hat Wächter (S. 65) eingewendet, daß auch das Erforderniß des rein factischen Glaubens und die Ausschließung der bewußten Widerrechtlichkeit auf dem ethischen Principe beruhten. Das ist richtig. Wie es bei der Widerrechtlichkeit verschiedene Abstufungen, vom dolus durch die culpa lata und levis hindurch, giebt, so giebt es auch bei der Redlichkeit verschiedene Abstufungen, von der bloßen Ausschließung des bewußten Unrechts an durch die geringere und größere Gewissenhaftigkeit bei der Ueberlegung hindurch. Insofern kann man nur einen höheren und niederen oder strengeren und laxeren ethischen Standpunkt unterschieden, und man muß die obige Unterscheidung auf die Untersuchung über das Dasein des guten Glaubens beschränken, ob nur das factische Dasein des Glaubens nach seinen psychologischen Elementen zu bestimmen ist, oder ob der ethische Begriff der Pflicht der Ueberlegung zu Grunde zu legen ist. In der Sache selbst wird dadurch nichts geändert.

Das practische Verhältniß der beiden legislativen Standpunkte ist natürlich, daß bei dem ersten die Usucapion bedeutend erleichtert und erweitert wird, bei dem zweiten sie mehr beschränkt wird. Ob eine Gesetzgebung die eine oder andere Richtung einnehmen will, hängt von anderweitigen legislativen Rücksichten ab. Eine absolute Nothwendigkeit existirt weder für das eine noch für das andere. Indessen ist oben im Gutachten § 3 und 4 ausgeführt, zu wie bedenklichen practischen Consequenzen das Princip des rein factischen Glaubens in seiner wirklich psychologischen Durchführung nöthigt, wie ungleich und unbillig sich die Anwendung der Usucapion danach gestaltet, während doch das Grundprincip aller Verjährung, die allgemeine Sicherung des Verkehrs, auch einen allgemeinen, gleichmäßigen und objectiven Maßstab für die Möglichkeit der Usucapion fordert. Es ist daraus die Folgerung gezogen, daß eine Gesetzgebung mit Rücksicht hierauf den Vortheil der Usucapion nicht wohl bei jedem Irrthum, bei jeder leichtfertigen eigennützigen Verblendung eintreten lassen dürfe, sondern nur bei einer durch redliche Ueberlegung begründeten wirklichen Ueberzeugung gewähren dürfe. Wächter

(S. 69) nennt die Darstellung jener Consequenzen eine Carricatur, durch die man sich nicht irre machen lassen dürfe. Allein ein in seiner Naturtreue häßliches und abschreckendes Bild ist darum noch kein Zerrbild, und eine Widerlegung der Richtigkeit der Schlußfolgerungen habe ich nicht gefunden, sondern nur (S. 54—56) ein einfaches Bestreiten. Ich kann daher an meiner Ausführung nur festhalten und sie hier einfach wiederholen. Eigentlich entschieden wird die Sache dadurch natürlich nicht, dies kann, wie schon gesagt, nur durch die positive Entwickelung des römischen Begriffes der bona fides geschehen, allein es muß von vorne herein zweifelhaft erscheinen, daß die Römer, die ja bei der Frage durch kein Gesetz gebunden waren und freie Hand in der Entwickelung der natürlichen Billigkeit hatten, ein Princip angenommen hätten, das zu solchen Consequenzen führt. Allerdings könnte eine Gesetzgebung, wenn sie die Usucapion erleichtern wollte, von jenen Consequenzen absehen und annehmen, daß nicht immer alles was möglich ist, auch wirklich häufig ist. Indessen darf man die Vorfrage, ob das Princip der Erleichterung oder Erschwerung der Usucapion vorzuziehen ist, nicht zu leicht nehmen und namentlich muß man sich doch sehr hüten, unsere modernen zu einer gewissen formellen Strenge neigenden legislativen Tendenzen ohne weiteres in das römische Recht hinein zu verlegen. Wenn z. B. Stintzing (S. 65) sagt, man dürfe die Usucapion nicht als einen außerordentlichen Erwerb auffassen, der nur einem besonders redlichen Mann zu Gute kommen solle, denn man komme dann leicht zu Consequenzen, die die Usucapion fast zur Unmöglichkeit machen, während sie doch vom Verkehr so dringend gefordert werde, so ist dieses Bedenken dem Gange der römischen Gesetzgebung und Rechtsbildung offenbar nicht entsprechend. Diese haben ganz entschieden nicht die Tendenz der möglichsten Erweiterung, sondern mehr der Beschränkung der Usucapion. Man sieht das daraus, daß in Rom die Usucapion fortwährend durch Ausnahmen mehr und mehr beschränkt wurde. Bei den Mobilien sagt schon Gajus (2, 49): in mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, und dennoch klagt noch Justinian[1]) wieder darüber, daß die „miseri rerum domini excludebantur et nullus eis reservabatur regressus", und hält es für dringend nöthig, daß die „inhumanae an-

---

[1]) L. un. C. de usuc. transform. (7, 31).

gustiae", die „compendiosa iactura", die „iura nocentia" der Usucapion noch weiter vermindert werden. Selbst in den Novellen hat er deshalb noch neue Beschränkungen hinzugefügt. Ob das legislativ zu billigen sei oder nicht, ist hier nicht zu untersuchen, keinenfalls darf es aber blos nach den legislativen Bedürfnissen der neuesten Zeit mit ihrem hastigen Drängen und Treiben beurtheilt werden. Das aber ist jedenfalls klar, daß man dem legislativen Principe der Erleichterung der Usucapion in der Beurtheilung und Feststellung des wirklichen römischen Rechts nur einen geringen Einfluß gestatten darf.

§. 3. Die s. g. Legaldefinition der bona fides.

Wenn man hiernach von allen vorgefaßten Meinungen abstrahirt und unbefangen den römischen Begriff der bona fides zu erkennen sucht, so ist zunächst festzustellen, daß man nicht von einer s. g. Legaldefinition [1]), die in L. 109 D. de V. S. enthalten sein soll, ausgehen darf:

> Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Die Stelle ist an sich offenbar keine Definition. Sie ist ein aus seinem Zusammenhange herausgerissener Satz, bei dem die Worte „**eam** rem alienam esse" deutlich zeigen, daß vorher von einem einzelnen Kaufe einer irgendwie näher bestimmten Sache die Rede war. Die Worte haben daher gar keinen anderen Sinn, als den: „Wenn der betreffende Käufer nicht wußte, daß die fragliche Sache dem Verkäufer nicht gehöre, oder er wenigstens glaubte, daß derselbe ein Recht habe, sie zu verkaufen, sei es als Procurator oder Vormund, so scheint er bona fide gekauft zu haben." Auch das esse videtur ist unter diesen Umständen bezeichnend und deutet an, daß doch auch noch andere Gründe einer mala fides möglich wären. Justinian hat die Stelle nun zwar aus ihrem Zusammenhange herausgenommen und ihr dadurch den Schein einer Definition gegeben; indessen ist dies jedenfalls für die Bestimmung der Idee, die die römische Rechtswissenschaft von der bona fides gehabt hat, völlig gleichgültig, und

---

[1]) Stintzing, S. 61. Brinz, Pandekten 1, 211.

auch für das Justinianische Recht kann sie nicht als eigentliche Definition gelten, da sie theils zu enge theils zu weit wäre. Es ergiebt sich das, abgesehen von anderem [1]), schon daraus, daß man unter Umständen auch „sciens alienam rem" usucapiren kann, dagegen bei Collusion mit dem Procurator nicht als bonae fidei emtor gilt, wie unten weiter auszuführen ist. Die Stelle ist somit nur eine von den vielen, in denen die Hauptfälle des Irrthums, der bei der bona fides in der Regel stattfindet, angeführt werden.

§. 4. Die Fides der Römer.

Giebt man die vermeinte Legaldefinition auf, so läßt sich der Begriff der bona fides nur aus dem Zusammenhange der einzelnen Aeußerungen und Bestimmungen über dieselbe feststellen. Dabei kann nun darüber wohl zunächst kaum ein Zweifel sein, daß die Grundbedeutung des Wortes „fides" nicht der „Glaube", sondern die „Treue" ist. Der Sprachgebrauch des Wortes bei den römischen Classikern ist neuerdings von M. Voigt [2]) einer eingehenden Untersuchung unterzogen. Es ist daraus ersichtlich, wie der Begriff der fides [3]) aus dem der Treue in den des Trauens übergeht, und danach einerseits die Vertrauenswürdigkeit, also die Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit bezeichnet, anderseits das wirkliche trauen, also Vertrauen oder Glauben schenken, wie in den Ausdrücken fidem alicui habere, facere, dare, afferre u. a. [4]) In diesem Sinne sagt Cicero in der oben S. 14 angeführten Stelle, die fides, d. h. die allgemeine Redlichkeit und das sich darauf stützende allgemeine gegenseitige Vertrauen, sei „fundamentum iustitiae." In derselben Weise kommen

---

[1]) S. darüber Burckhardt, S. 310 ff. Windscheid, Pandekten. S. 176 n. 8.

[2]) Das ius naturale der Römer. 4, 377—390. Die Grundlage dafür hat schon Döderlein, lat. Synonymik. 5, 256.

[3]) Fides ist stammverwandt mit πείθω (πιθ = fid). Curtius, griech. Etymol. S. 246. Corssen, Beitr. 227. Cicero's Erklärung (de off. 1, 7) „quia fit, quod dictum est, appellatam fidem" (Wächter S. 59) ist eine von den bekannten etymologischen Spielereien der Römer. Isidor, Orig. 8, 2. bringt sogar fit — fides — foedus zusammen.

[4]) Darauf beruht auch das „fides est firma opinio" bei Cic. orator. part. I. 3. Es wird erklärt durch die voraufgehenden Worte: (orator) inveniat, quemadmodum fidem faciat eis, quibus volet persuadere.

jene Ausdrücke auch noch in den Pandekten vielfach vor [1]). Daß aber fides so schlechthin und einfach den Glauben an irgend etwas bedeutet, ist erst durch das Christenthum gekommen durch Uebersetzung der griechischen πίστις [2]). Im Codex finden sich die Ausdrücke fides catholica, christiana und ähnliche allerdings schon ganz regelmäßig [3]). Indessen wäre das berühmte Wortspiel des canonischen Rechts [4]): „Quoniam omne, quod non ex fide est, peccatum est [5]), — nulla valeat absque bona fide praescriptio" einem Römer doch noch unmöglich gewesen.

Auf dem alten classischen Begriffe von fides beruht nun auch der Ausdruck bona fides. Das Beiwort bona bedeutet dabei nur eine Steigerung des Begriffes der fides und den Gegensatz zur mala fides, nicht eine besondere Art der fides. Es giebt nicht etwa drei Arten: bona fides, einfache fides, und mala fides, sondern fides und bona fides sind dasselbe, und mala fides ist ihre Negation. Die bona fides ist danach nichts anderes, als die Treue, Redlichkeit, Ehrlichkeit, Gewissenhaftigkeit im rechtlichen Verkehre. Der Begriff ist an sich in seiner eigentlichen Grundlage nur ein in sich einiger durch das ganze Recht hindurch, indessen versteht sich, daß in der Anwendung auf die verschiedenen Verhältnisse bei den verschiedenen Beziehungen bald die eine bald die andere Seite seines Inhalts mehr hervortreten kann, und wie es verschiedene Grade der Redlichkeit giebt, so auch verschiedene Grade der fides möglich sind. Daß aber „der juristische Begriff der bona fides in Verbindung mit negotia und mit actiones ein anderer ist, als bei der subjectiven bona fides eines Besitzers," [6]) läßt sich nicht sagen. Der Ausgang der festen technischen Anwendung des Begriffes bona fides auf die Rechtsverhältnisse lag in der Fassung der formula: „quidquid Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide

---

[1]) Brisson. de V. S. sub v. Fides.

[2]) Krebs, Antibarbarus. S. 434.

[3]) Isidor, Chron. p. 773, sagt: „fidem Christi suscipere, d. h. den Glauben an Christus.

[4]) C. 20 X. de praescriptionibus.

[5]) Dies ist Uebersetzung aus dem N. Test. Römerbr. 14, 23: πᾶν δὲ, ὃ οὐκ ἐκ πίστεως, ἁμαρτία ἐστίν. Die Stelle ist öfter im canon. Rechte benutzt, z. B. c. 13 X. de rest. spol. (2. 13).

[6]) Wie Wächter (S. 59) meint.

bona.“ [1]) Der Ausdruck actio bonae fidei ist nur eine spätere abbreviirte Bezeichnung für das, was Cicero [2]) nach weitläufiger iudicia, in quibus additur „ex fide bona“ nennt, und erst aus der actio b. f. ist dann weiter wieder der Ausdruck negotium b. f. gebildet. In der formula haben nun aber die Worte „ex fide bona“ unzweifelhaft die subjective Bedeutung, schon an sich und weil sie aus der alten Formel „uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem“ [3]) hervorgegangen sind. Wenn die Sache objectiv bezeichnet werden soll, so heißt es „ex bono et aequo“, so bei Gai. 3, 137:

> alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

und in §. 30 J. de action.

> In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.

Dem objectiven ex bono et aequo praestare steht daher parallel das subjective bonam fidem praestare, wie diligentiam, culpam, dolum praestare. So heißt es vom negotiorum gestor, er müsse „et bonam fidem et exactam diligentiam praestare“, vom Verkäufer: „non solum bonam fidem sed etiam diligentiam“, vom Protutor: „eandem fidem et diligentiam quam tutor“ [4]) u. s. w. Natürlich wird das Maaß der zu präſtirenden bona fides objectiv nach Billigkeit, aequitas, bestimmt, und insofern bekommt der Begriff dann auch eine objective Bedeutung. Von diesem Standpunkte aus sagt Tryphoninus: [5])

> Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat; sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis?

und danach wird dann die Frage, ob das Depositum eines Verbrechers nach der Confiscation seines Vermögens nach bona fides an ihn oder den Staat zurückzugeben sei, so entschieden:

> si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt, si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt.

---

[1]) Gai. 4, 47. Statt „Nm Ao“ konnte es auch heißen „alterum alteri“: L. 5 de oblig. „quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet.“

[2]) Cic. de. off. 3, 15. 17. top. 17, 66.

[3]) Cic. de offic. 3, 17. Vgl. Bethmann-Hollweg, d. röm. Civilproc. 1, 64. 165.

[4]) Paul. sent. rec. 1, 4, 1. L. 68 pr. D. 18, 1. L. 4 D. 27, 5. Aehnlich L. 18 de neg. gest. Gai. 3, 155.

[5]) L. 31 D. depositi.

§. 5. Die bona fides bei den Verträgen.

Geht man nun näher darauf ein, den rechtlichen Inhalt des Begriffes bona fides als Redlichkeit und Ehrlichkeit genauer zu bestimmen, so ist grade hier hauptsächlich der Punkt, wo Wächter's und meine Ansicht wesentlich aus einander gehen und verschiedene Richtungen einschlagen. Wächter sagt, (S. 59, 60) es sei mir „darin beizustimmen, daß der Gedanke, welcher unsern Quellen bei der bona fides gleichmäßig zu Grunde liegt, der des redlichen Vertrauens, redlicher, ehrlicher Gesinnung ist", allein er meint, ich trage „in diese Grundbedeutung noch ein Moment hinein, das nicht in ihr liegt, das der Ueberlegung; eine redliche ehrliche Gesinnung kann auch bei dem vorhanden sein, welcher unüberlegt handelt".

Nun ist bereits oben S. 74 eingeräumt, daß es allerdings schon eine Art und Stufe von Redlichkeit ist, wenn man nur nicht mit Bewußtsein und Absicht unrecht handelt, also nicht absichtlich seine Pflichten vernachlässigt, fremde Sache kauft u. dgl. Allein ebenso ist bereits geltend gemacht, daß nicht nur die Moral sondern auch schon die rechtliche Ethik die Forderung einer höheren Art von Redlichkeit kennt, nämlich daß man Ueberlegung anwende um Unrecht zu vermeiden, daß man sich also nicht beim ersten Anscheine der Erlaubtheit beruhigt, und darauf los glaubt, was einem das vortheilhafteste ist, sondern nur einem nach redlicher Ueberlegung gewonnenen Glauben sich hingiebt. Ob aber die Römer unter ihrem Begriffe von bona fides die eine oder die andere Stufe der Redlichkeit verstanden haben, das läßt sich nicht so a priori aus den Begriffen des irrens und glaubens, und der Redlichkeit im allgemeinen feststellen, sondern nur aus der Art und Weise, wie die Römer die bona fides wirklich practisch behandelt haben. Dabei darf man sich aber nicht von vorne herein auf die Anwendung der bona fides bei der Usucapion beschränken, sondern muß den Begriff allgemein nehmen, und von seiner Anwendung auf die Verträge ausgehen. Denn der Begriff ist in der Grundlage derselbe, und beide stehen in enger Verbindung, da die Verträge die causa für die Usucapion bilden, und daher namentlich, wie unten zu zeigen ist, das bona fide emere und possidere ganz in einander übergehen.

Daß nun aber bei den Verträgen das „Moment der Ueberlegung" von dem Begriffe der bona fides nicht ausgeschlossen werden

darf, das läßt sich wohl nicht leicht in Abrede stellen. Es folgt im allgemeinen schon daraus, daß der Gegensatz von bona fides der dolus ist, dieser aber die culpa lata mit unter sich faßt, somit zur bona fides die Abwesenheit der lata culpa gehört. Sehr scharf und entschieden wird demgemäß die „Ueberlegung" in folgender Stelle mit in den Begriff der bona fides hereingezogen: [1])

> Quod servus deposuit, is, apud quem depositum est, servo rectissime reddet ex bona fide; nec enim convenit bonae fidei, abnegare id quod quis accepit, sed debebit reddere ei a quo accepit, sic tamen si sine dolo omni reddat, hoc est ut nec culpae quidem suspicio adsit. denique Sabinus hoc explicuit addendo: „nec ulla causa intervenit, quare putare possit, dominum reddi nolle". hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus, ceterum sufficit, bonam fidem adesse.

Die Stelle ist von Ulpian und in mehrfacher Beziehung interessant. Sie zeigt zunächst, in wie enger Verbindung sich die Römer das Princip der culpa und diligentia mit der bona fides dachten, die Abwesenheit einer bewußten und absichtlichen Unredlichkeit keineswegs für genügend hielten, vielmehr eine positive redliche Ueberlegung der Umstände dafür forderten (causa, quare putare possit), wie sie aber auch anderseits nichts unbilliges verlangen, sondern nur die Berücksichtigung gerechter Gründe (iusta ratione motus), kurz eben nur bona fides (caeterum sufficit bonam fidem adesse). Das Princip, was hier für den Begriff der bona fides ausgesprochen ist, muß bei uns für den Begriff der Redlichkeit grade ebenso bestimmt werden. Sobald man nur erst einmal von der falschen Uebersetzung „guter Glaube" vollständig abstrahirt, kann man sicher kaum ein Bedenken tragen, für die wahre Redlichkeit bei Verträgen auch eine gewisse Ueberlegung zu fordern. Oder sollten wir wirklich eine andere Ansicht von Redlichkeit haben, als wie Celsus in Uebereinstimmung mit Ulpian in der viel besprochenen Stelle über die s. g. culpa in concreto (L. 32 depositi) ausspricht:

> Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, mihi verissimum videtur; nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum

[1]) L. 11 depositi.

curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim **salva fide** minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

Auch hier ist die Pflicht zur Diligenz auf die fides zurückgeführt; auch die absichtslose Nachlässigkeit, also wenn man ohne Ueberlegung glaubt, ist gegen die bona fides.

Wenn in diesen Stellen principiell und allgemein eine gewisse Ueberlegung und Diligenz zum Wesen der bona fides gerechnet wird, so versteht sich, daß dieselbe in andern Stellen, wo sie nicht speziell erwähnt ist, aus jenen in entsprechender Weise supplirt werden muß. Bei der casuistischen Methode der römischen Juristen und der eigenthümlichen Art der Zusammensetzung der Pandekten dürfen die einzelnen Stellen nur in dieser allgemeinen Combination interpretirt werden. So ist in L. 31 §. 1 depositi die Frage behandelt:

bonam fidem inter eos tantum, (inter) quos contractum est, aestimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet?

Als Beispiel wird das Depositum von einem Diebe benutzt, und gesagt:

si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit, si totius rei aequitatem, — mihi reddenda sunt,

und dann hinzugefügt:

si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei (latroni) restituenda sunt.

Daß in diesem Falle sowohl für das „si ego non veniam", als im Falle des Kommens für die Behauptung des Diebstahls, eine billige Ueberlegung und Erwägung der Umstände vor der Rückgabe der Sache stattfinden muß, bedarf wohl keiner Ausführung.

Aehnlich wird in L. 11 depositi der Fall behandelt, wenn der Deponent ein Sklave ist, der die Sache seinem Herrn gestohlen hatte:

si ignoravit, apud quem deposuit, vel credidit, dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest; bona enim fides exigitur.

Daß hier das bloße thatsächliche „ignorare" und „credere" nicht genügt, um die Pflichten der geforderten bona fides zu erfüllen, ist klar, und kann gerade hier um so weniger bezweifelt werden, weil der ganze Satz nur die Fortsetzung der oben besprochenen Stelle

(L. 11 depositi) ist, worin zur bona fides gefordert ist, daß „nec ulla causa intervenit, quare putare possit,“ und daß man nicht „potuit suspicari iusta scilicet ratione motus.“

Die angeführten Stellen sind aus dem Titel vom Depositum entnommen. Dies darf nicht etwa den Gedanken erwecken, als ob ihr Inhalt eben nur auf das Depositum zu beziehen sei. Davon kann keine Rede sein. Die Stellen gehen alle von dem allgemeinen Begriff und Wesen der bona fides aus, und ziehen daraus nur die Consequenzen für die Anwendung beim Depositum. Daß aber bei diesem der Begriff vorzugsweise so speziell entwickelt wird, hat seinen Grund einfach darin, daß beim Depositar nicht, wie bei den meisten sonstigen Obligationen, eine Verpflichtung zur diligentia und Haftung für culpa levis stattfindet, sondern eben nur Haftung für dolus und Verletzung der bona fides. Wo man darüber noch hinaus zur exacta diligentia verpflichtet ist und für jede culpa haftet, hat die genauere Bestimmung der Pflichten der bona fides als solcher wenig Werth, eben weil sie von jener überragt werden, und in ihr aufgehen.

Indessen wird der Begriff von den Römern auch außerhalb des Depositums vielfach zur Anwendung gebracht. Er bildet im allgemeinen ebenso den Gegensatz zum dolus, wie die culpa den Gegensatz zur diligentia. Die Begriffe stehen parallel neben einander: bona fides und diligentia sind die Pflichten und dolus und culpa die Verletzung der Pflicht. So heißt es beim Kaufe ganz direct in l. 68 pr. de contr. emt.:

> te non solum bonam fidem sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.

Dabei muß man sich erinnern, daß wenn dolus und culpa so einander entgegengesetzt werden, der erstere die culpa lata stets mit begreift, und unter der culpa nur die culpa levis verstanden wird [1]).

In demselben Sinne sagt Paulus vom negotiorum gestor [2]):

> Qui negotia aliena gerit et bonam fidem et exactam diligentiam — praestare debet.

---

[1]) Hasse, die culpa des römischen Rechts. §. 43.

[2]) Rec. sent. 1, 4, 1. Aehnlich L. 18 de neg. gest.

Dieselbe Bedeutung hat das bonam fidem praestare, was bei Mandat [1]), Societät [2]), Tutel [3]) erwähnt wird.

In allen diesen Stellen steht bona fides und dolus nicht als „glauben" und „wissen" einander gegenüber, sondern als Redlichkeit und Unredlichkeit. Allerdings ist das „wissen" immer der Hauptfall von dolus und mala fides, und darum ist bei den einzelnen Anwendungen von sciens prudens u. dgl. die Rede, und ebenso bei der bona fides von ignarus nesciens u. dgl., allein das Wesen der Begriffe liegt nicht darin, sondern in dem allgemeinen Begriffe von Redlichkeit wie er oben bestimmt ist, wozu stets auch eine gewisse Ueberlegung gehört. Grobe Nachlässigkeit und Unüberlegtheit gehören immer zum dolus. [4]) Dem entsprechend wird denn auch der Begriff der bona fides mit dem Erforderniſſe der Ueberlegung keineswegs blos auf das bon. fid. praestare und die Bestimmung der contractlichen Pflichten angewendet, sondern ebenso auch sonst in einer Menge von Fällen, wo Redlichkeit die Bedingung für den Erwerb von Ansprüchen, Unredlichkeit den Grund für Verpflichtungen bildet. So heißt es, der Pfandgläubiger müsse beim Verkaufe des Pfandes „bona fide rem gerere", sonst hafte er nicht nur selber, sondern sei auch der Käufer, falls er mit ihm colludire, als malae fidei emtor und possessor zu behandeln; [5]) ähnlich muß der Vormund, wenn er Sachen des Pupillen selber kaufen will, rem bona fide gerere; [6]) ferner: der Mandatar dürfe die bei Ausführung des Mandats bona fide aufgewendeten Unkosten ersetzt verlangen, [7]) der Procurator die bona fide aufgewendeten Proceßkosten, [8]) wo natürlich in beiden Fällen für Art und Maaß der Kosten redliche Ueberlegung nöthig ist; der Vormund müsse die Zinsen ersetzen, die er „bona fide percepisset, aut percipere

---

[1]) L. 10 pr. mandati. Gai. 3, 155.

[2]) L. 35 pro socio.

[3]) L. 4 de eo qui pro tut. L. 5 §. 7 de admin. tut.

[4]) L. 226 de V. S.: „magna culpa dolus est." L. 29 pr. mandati: „dissoluta negligentia prope dolum est." Hasse, die culpa des röm. Rechts. §§. 22. 43.

[5]) L. 4. 9. 10. C. de distr. pign. (8, 28). L. 2. C. debitorem (8, 29). L. 1. 4. 5. C. si vendito (8, 30).

[6]) L. 5 §. 2—6 de auctor. tut. (26, 8). L. 5 C. de contr. emt. (4, 38).

[7]) L. 27 §. 4 L. 56 §. 4 mandati L. 11 C. eod.

[8]) L. 46 §. 6 de procur.

potuisset;"[1]) der Procurator müsse bei Processen und anderen Geschäften ex bona fide Rechnung ablegen;[2]) der Bürge hafte nicht: „si exceptionem procuratoriam omisit, sive sciens sive ignarus; de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare."[3]) Besonders bezeichnend ist endlich eine Aeußerung bei der Restitution wegen Irrthums. Das Edict lautete: „si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem." Dazu macht Paulus folgende Bemerkung:

> Si id, inquit, ignoraverit. Labeo: et si dictum sit ei, et bona fide non crediderit.

Also: auch wenn es ihm gesagt ist, er es aber nicht geglaubt hat, falls er es bona fide nicht geglaubt hat. Man kann also bona und mala fide glauben und nicht glauben, d. h. natürlich entweder aus gutem Grunde nach redlicher Ueberlegung oder leichtfertig und frivol in selbstsüchtiger Verblendung. Hier kann wohl kaum ein Zweifel sein, daß bona fides nicht einfach den factischen Glauben bedeutet, sondern die überlegte Redlichkeit, da ja sonst das „bona fide credere" ein sinnloser unerträglicher Pleonasmus wäre.

Eine Anwendung dieser Unterscheidung ist auch bei L. 17 C. de rei vindicatione zu machen:

> Si fundum vestrum, vobis per denuntiationem admonentibus volentem ad emtionem accedere, quod distrahentis non fuerit, non recte is, contra quem preces funditis, comparavit, vel alio modo mala fide contraxit, — fructus, quos mala fide percepisse probatum fuerit, Praeses restitui iubebit.

Daß die „admonitio" eines beliebigen Dritten den Käufer nicht unbedingt in mala fides versetzen muß, versteht sich von selbst. Daß sie aber unter Umständen diese Wirkung haben kann, ist mit Recht in der Stelle angenommen. Die Entscheidung zwischen beiden kann aber natürlich nicht davon abhängen, ob der Käufer der admonitio glauben will oder nicht, sondern das „recte comparavit" muß auch hier danach beurtheilt werden, ob er „bona fide non credidit". Die Stelle spricht zunächst nur von der mala fides in Betreff der Früchte,

---

[1]) L. 58 §. 1 de admin. tut.
[2]) L. 46 §. 4 de procur. L. 56 §. 2 mandati.
[3]) L. 29 §. 4 mandati.

die Anwendung des Princips aber auf die Usucapion versteht sich von selbst.[1])

Ebenso heißt es in L. 2 C. debitorem (8, 29),[2]) daß wenn bei Pfandverkauf der Schuldner durch denuntiatio an den Käufer gegen den Kauf protestire, dieser nur je nach Umständen „malae fidei possessor“ werde.

§. 6. Vertrag und Usucapion.

Mit den zuletzt besprochenen Stellen ist der Uebergang von der Anwendung des Begriffes der bona fides bei den Verträgen zu der bei der Usucapion von selber eingeleitet. Beide liegen einander nicht so fern, als Wächter behauptet. Allerdings ist ein Unterschied zwischen dem bonam fidem praestare, und dem bona fide possidere.

Bei dem ersteren handelt es sich um die Pflichten, die der eine Contrahent dem andern schuldig ist, und daß er diese mit Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit erfülle; bei der Usucapion und dem bona fide possidere handelt es sich dagegen um das Recht, was Jemand zu haben glaubt, und was durch die Verjährung zum wirklichen Rechte werden soll. Daraus könnte man folgern, nur wo überhaupt eine Pflicht sei, könne auch eine Pflicht der Ueberlegung sein, wo es sich aber um den Glauben an ein Recht handele, könne es auch nur auf das wirkliche factische glauben ankommen, also nur auf die Unkenntniß, den Irrthum, in Betreff der Hindernisse des Erwerbes des Rechts.

Allein bei näherer Erwägung zeigt sich bald, daß Vertrag und Usucapion, Pflicht und Recht, doch nicht in so scharfem Gegensatze stehen. Die Verträge, namentlich der Kauf, bilden vorzugsweise die Titel, auf Grund deren man den Besitz bekommt, und ohne die man den Glauben, daß man ein Recht erworben habe, überhaupt gar nicht fassen kann. Sie sind die eigentliche Grundlage der Usucapion. Diese hat überhaupt nur den Zweck, die Mängel, die die Titel im einzelnen für den Erwerb haben, durch den Zeitablauf zu ergänzen. Dabei bilden aber die Verträge bei weitem die wichtigsten Titel. Die übrigen, pro legato, derelicto u. s. w., sind im Vergleiche zu ihnen von geringer, ja fast verschwindender, Bedeutung. Jedenfalls ist in

---

[1]) Vgl. Schirmer, Zeitschr. f. Civilr. N. F. 15, 227.

[2]) Vgl. L. 1. 4. 5 C. si vendito (8, 30).

Rom die Usucapion ganz überwiegend auf der Grundlage der Verträge, und zwar vorzugsweise des Kaufes, ausgebildet; der Titel pro emtore ist der, an dem die Römer die allgemeinen Erfordernisse der Usucapion, und so namentlich das der bona fides, fast ausschließlich entwickelt haben. Der Ausdruck bonae fidei emtor kommt in den Quellen ebenso oft, wenn nicht noch öfter, vor als bonae fidei possessor. Auch in der angeblichen, oben S. 77 besprochenen, Legaldefinition der bona fides ist nicht vom b. f. possessor, sondern vom b. f. emtor die Rede.

Bei den Verträgen stehen nun aber Recht und Pflicht in so enger Verbindung, daß wenn die Römer auf beides gleichmäßig den Ausdruck bona fides anwenden, es von vorne herein unwahrscheinlich ist, daß sie dabei einen ganz verschiedenen Begriff im Sinne gehabt, und einen ganz verschiedenen Maßstab, den einer höheren und niederen Redlichkeit, angelegt haben sollten. Im allgemeinen ist dies wohl außer Zweifel, so z. B. bei dem Rechte des Depositars, das Depositum bona fide einem andern, als dem Deponenten, zurückzugeben, bei dem Rechte des Mandatars und Procurators, die bona fide aufgewendeten Auslagen und Proceßkosten ersetzt zu verlangen, u. a. Allein auch bei dem Rechte des Käufers zur Usucapion ist es nicht anders. Man kann hier nicht etwa sagen, es handle sich dabei ja nicht um das Verhältniß und die Pflichten des Käufers gegen den Verkäufer, sondern nur um sein Verhältniß zu dem dritten, ihm unbekannten, wirklichen Eigenthümer; gegen diesen habe er keine Pflichten, dem Verkäufer aber könne es nur lieb sein, wenn dem Käufer die Usucapion leicht gemacht und seine Redlichkeit nicht schwer genommen werde, da er ja dann nur um so leichter von seiner Haftung für die Eviction frei würde. Wenn der Kauf überhaupt einmal unter dem objectiven Verkehrsprincipe der bona fides steht, so fordert die Redlichkeit nicht nur, daß man den Verkäufer nicht schädige, sondern daß man auch Rechte Dritter nicht verletze. Das Gesetz muß dann hier wie überall eine billige Rücksichtnahme auf fremde Rechte fordern, und hat keinenfalls Veranlassung, den, der unüberlegt und leichtfertig fremde Sachen kauft, dadurch vor Schaden zu schützen, daß es ihn mit dem Schaden des unschuldigen Dritten dessen Sache usucapiren läßt. In dem Falle, wenn der Dritte den Verkauf seiner Sache erfährt und dagegen protestirt, ist dies nach den oben S. 86, 87 besprochenen Stellen außer Zweifel. Allein die Zufällig-

keit, ob der Dritte etwas erfährt, kann den Käufer von der Pflicht, redliche Rücksicht auf die Rechte Dritter zu nehmen, nicht befreien. Daß man nicht zu viel, keine „scrupulosa inquisitio“,[1]) verlangen darf, liegt schon von selbst im Begriffe der bona fides. Dazu kommt nun aber noch, daß die Usucapion oder wenigstens die bona fides unter Umständen ja auch im Verhältnisse des Käufers zum Verkäufer selber in Frage kommen kann, und dann also mit seinen Pflichten gegen den Verkäufer in unmittelbarer Verbindung steht, so z. B. wenn man von einem Stellvertreter kauft, und dessen Veräußerungsrecht[2]) oder die Preisbestimmung[3]) in Frage steht; ähnlich wenn man von einem Pfandgläubiger kauft, oder von einem Wahnsinnigen[4]), oder einem Verschwender,[5]) oder nach älterem Rechte von einer Frau eine res mancipi ohne tutoris auctoritas:[6])

(Qui a muliere) rem mancipi emit, — falso tutore auctore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse.

Hier handelt es sich um die Usucapion gegen die Frau selber. Die Pflicht der bona fides des Käufers gegen den Verkäufer und das Recht bona fide zu besitzen sind daher hier enge verbunden und werden zusammen durch das bona fide emere bezeichnet. Für den Vertrag mit dem falschen Tutor, „quem sciit non esse“ muß aber dasselbe Princip gelten, wie beim Processe mit dem falschen Tutor, wo nach der oben S. 86 besprochenen L. 4 der Kläger nur dann nicht als sciens behandelt wird, wenn er „bona fide non credidit“.

§. 7. Die bona fides bei der Usucapion.

Das Resultat, daß der Begriff der bona fides bei der Verjährung an sich kein anderer ist, als bei den Verträgen, und nicht den Glauben, sondern die Redlichkeit, und zwar im obigen Sinne, bedeutet, wird durch eine Menge einzelner Anwendungen bestätigt, in denen von irren und glauben gar keine Rede ist, sondern nur das in Frage steht, ob Jemand bei einem Erwerbe in redlicher und gewissenhafter

[1]) L. 6 de iuris et facti ignor.
[2]) L. 109 de R. I.
[3]) L. 7 §. 6 pro emtore.
[4]) L. 13 §. 1 de usucap.
[5]) L. 7 §. 5 pro emtore.
[6]) Vatic. fragm. §. 1.

Weise gehandelt habe. So schon in der bereits angeführten L. 7 §. 6 pro emtore:

Quodsi emtor cum procuratore (venditoris) collusit, et eum praemio corrupit, quo vilius mercaretur, non intelligetur bonae fidei emtor, nec longo tempore capiet.

Wenn hier vom Käufer, der mit dem Procurator des Verkäufers collubirt, gesagt wird, er könne nicht als bonae fidei emtor angesehen werden, so kann das begreiflicher Weise nicht heißen, er könne nicht als irrender und glaubender Käufer angesehen werden, sondern nur, daß er nicht als redlicher Käufer gelten könne. Nach dem Glaubensprincipe mußte der Käufer, wenn er an das Eigenthum des Verkäufers und die unbeschränkte Verkaufsvollmacht des Procurators glaubte, usucapiren können! Ein ganz ähnlicher Fall ist beim Pfandverkaufe:

— si probatum fuerit, tuum creditorem, cui ius distrahendi pignora fuit, dolo malo vendidisse, — et probatum fuerit, emtorem mala fide emisse, — restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emtorem iubebit (praeses provinciae). [1])

Der dolus des Pfandgläubigers kann hier, da er das ius distrahendi hatte, auch nur den Kaufpreis betroffen haben. Soll hier der „mala fidei emtor“, der über das Eigenthum und Verkaufsrecht nicht irrte, usucapiren können?

Ein anderer Fall ist L. 8 pro emtore:

Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt, eum nihilominus bona fide emtorem esse.

Wenn ein Streit darüber war (plerique responderunt), ob der, welcher wissentlich von einem verschwenderischen Menschen kaufe, als bona fide emtor gelten könne, so konnte sich dies nicht darauf beziehen, ob der Käufer im Irrthume und Glauben sei, sondern nur ob dies als ein redliches Benehmen und er als ein redlicher Käufer gelten könne. Ferner Vat. fragm. §. 1.

(Qui a muliere) sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit, vel falso tutore auctore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse, itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt.

---

[1]) L. 1 C. si vendito (8, 30). Vgl. L. 3 und 4 eod.: — „per collusionem emtor comparavit“ —.

Dieses kann nicht heißen: „wer wissentlich ohne Tutor u. s. w. kauft, der ist nicht in dem Glauben, daß ein Tutor auctorire,“ sondern nur: „der handelt nicht redlich.“ Für den Satz: „wer weiß, irrt nicht,“ hätte man auch wohl nicht die Auctorität der veteres und des Sabinus und Cassius nöthig gehabt. Auch deutet namentlich die Berufung auf die „veteres“ auf die alte ursprüngliche Bedeutung des Wortes fides hin.

Auch die schon oben berührten Bestimmungen über den Vormund, der Sachen von seinem Pupillen kauft, gehören hierher. Dieser kann nach L. 5 §. 2—5 de auctor. tut. und L. 5 C. 4, 38 usucapiren, wenn er bona fide kauft. Darunter wird hier aber nicht die Unkenntniß des fremden Eigenthums gemeint (die natürlich auch nöthig ist), sondern die Beziehung zum Pupillen selber, daß er den Kauf redlich und den gesetzlichen Vorschriften gemäß vornehme, also nicht auf seine eigene auctoritas oder „per interpositam personam“, sondern offen unter Zuziehung eines contutor, oder von einem Gläubiger des Pupillen u. dgl. Von irren und glauben ist dabei gar keine Rede.

Auf demselben Standpunkte beruhen ferner alle die Fälle, wo man „sciens alienam rem“ usucapiren kann. Im älteren Rechte war dieses stets, wenn man eine res mancipi nur mit Tradition, nicht mit Mancipation, kaufte oder sonst erwarb, also zwar kein Eigenthum aber die exceptio rei venditae et traditae und die Publiciana bekam. Von irren und glauben war dabei keine Rede, doch wurde bona fides angenommen, weil der Kauf, falls er sonst nicht etwa einen Mangel hatte, doch der Sache nach ein redlicher war. Im neuern Rechte sind die Fälle seltener, doch fehlen sie auch hier nicht. Der wichtigste ist der jenem älteren nahe verwandte, wenn man zwar wissentlich eine fremde Sache kauft oder sonst erwirbt, aber unter solchen Umständen, daß man die exceptio rei venditae et traditae gegen den Eigenthümer und die actio Publiciana erwirbt. Ein solcher Kauf ist trotz des fehlenden irrens und glaubens ein redlicher und in diesem Sinne ist man, obgleich man sciens alienam rem possidet, doch ein bonae fidei possessor. Man kann auch nicht sagen, der Käufer sei im guten Glauben, weil er an sein Recht glaube.[1]) Denn er kann hier gar nichts weiter glauben, als was

---

[1]) Wie Wächter (S. 71) die Sache nehmen will.

er weiß, nämlich, daß er zwar kein Eigenthum aber die exceptio rei venditae et traditae hat. Daß hier aber Usucapion stattfinde, ist zwar nicht direct in den Quellen gesagt, wohl aber indirect hinreichend deutlich in L. 28 de noxalibus anerkannt: Wer mit einer Noxalklage die noxae datio eines Sklaven von einem Nichteigenthümer rechtmäßig erlangt hat, hat die Publiciana und eine exceptio doli gegen den Eigenthümer, und daraus wird die Folgerung gezogen:

> et secundum haec usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam.

Diese Folgerung der Usucapion aus der exceptio und der Publiciana muß ebenso wie bei den noxae datio auch bei anderen Erwerbsarten, die jene begründen, angewendet werden.

Ein anderes Beispiel von Redlichkeit oder bona fides ohne Irrthum und Glauben giebt L. 5 pr. pro derelicto:

> — si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres (i. e. eam venderes) idem iuris est (i. e. „me usucapturum constat").

Der Käufer weiß, daß die Sache seinem Verkäufer wegen der Ungültigkeit der Schenkung nicht gehört, doch ist der Kauf ein redlicher, weil in der Schenkung trotz ihrer Nichtigkeit factisch von selber der Wille des Schenkers liegt, daß der Beschenkte über die Sache soll verfügen können.

§. 8. Der Irrthum und seine Entschuldbarkeit.

Wenn nach diesen Ausführungen der Begriff der bona fides bei der Verjährung ebenso wie bei den Verträgen nicht auf den factischen Glauben, sondern auf das Princip der Redlichkeit gegründet werden muß, so ergiebt sich daraus von selbst, daß auch das Element der Ueberlegung bei der Verjährung für den Begriff festzuhalten ist, und daraus folgt denn für die Fälle von Irrthum und Glauben von selbst das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums. Der einzige Einwand eigentlich, der sich mit einem gewissen Anschein dagegen geltend machen ließe, ist der, daß die bona fides bei der Verjährung so oft nur auf das credere, putare, existimare gegründet wird, ohne daß die Entschuldbarkeit des Irrthums und die Rechtfertigung des Glaubens irgend hervorgehoben wird, so z. B. in L. 27 de contr. emt.:

Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit;

oder in der oben S. 77 besprochenen L. 109 de R. J.:

Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, — aut putavit, —

Allein dabei muß man denn doch zunächst bedenken, daß die Pandekten kein Gesetzbuch im modernen Sinne sind mit principmäßiger Zusammenstellung aller Erfordernisse und Beschränkungen eines jeden Rechtsinstitutes, sondern eine bunte Sammlung von Entscheidungen einzelner Fälle und Fragen, und daß man bei der casuistischen Methode der römischen Juristen nicht bei jeder Entscheidung einzelner Fälle oder Fragen immer den ganzen dogmatischen Ballast von Erfordernissen, Ausnahmen und Beschränkungen eines Rechtssatzes mit aufgeführt erwarten darf. Sie haben fast immer nur den einzelnen Punkt im Auge, der grade in Frage steht oder auf den es hauptsächlich ankommt, und überlassen alles andere einem andern Falle oder einer allgemeineren Deduction. Wollte man die einzelnen Stellen der Pandekten nicht so gegenseitig aus einander ergänzen, und die vollen Grundsätze nicht aus ihrer fortwährenden Verbindung unter einander entnehmen, so könnte man die abentheuerlichsten Dinge aus ihnen herausbringen. So könnte man z. B. gleich aus der ersten obigen Stelle:[1] „Qui a quolibet emit etc.“ folgern, daß wer von einem Wahnsinnigen kaufe, sobald er ihn nur für den Eigenthümer halte, bona fide sei. So gut man hier bei dem „a quolibet“ allerlei Restrictionen machen muß und darf, darf man es auch bei dem „putat“. Ebenso in der L. 109 und anderwärts.

Dazu kommen dann folgende weitere Umstände. Es versteht sich von selbst, daß die Redlichkeit des Käufers beim Kaufe, sofern es sich um sein Verhältniß zu dem unbekannten Eigenthümer und überhaupt zu den Hindernissen seines Erwerbes der Sache handelt, vorzugsweise in der Unkenntniß oder dem Nichtwissen dieser Hindernisse bestehen muß, also in einem Irrthum, und insofern denn in dem Glauben, daß man die Sache ohne Unrecht gegen Jemand erwerben könne. Es hat insofern seinen guten Grund wenn Stintzing (S. 60) den ganzen Begriff der bona fides bei der Ersitzung nur negativ als „das Nichtwissen von den Fehlern des Erwerbsactes“ bestimmen

---

[1]) Auf diese legt Wächter (S. 60.) ein besonderes Gewicht.

wollte. Insofern ist es ganz natürlich, daß die meisten Stellen, die von der bona fides bei der Verjährung sprechen, dabei der Sache nach gar nichts anderes im Auge haben, als eben dieses nicht wissen und glauben. Daß sie dabei die besondere Restriction der Entschuldbarkeit des Irrthums und die immerhin seltenere Ausnahme seiner Unentschuldbarkeit nicht besonders hervorheben, kann um so weniger auffallen, weil sie ja unter der fides gar nicht einen speciellen factischen Glauben verstanden, sondern die allgemeine Redlichkeit nach dem allbekannten Begriffe der bona fides, in welchem das Erforderniß der Ueberlegung und Entschuldbarkeit von selber enthalten war. Wenn man bei uns bona fides nicht durch guter Glaube, sondern mit Savigny durch redliches Bewußtsein übersetzt, so würde auch Niemand die besondere Beifügung des Erfordernisses der Entschuldbarkeit für nöthig halten.

Dazu kommt, daß die allgemeinen festen Grundsätze über den Irrthum das Erforderniß der Entschuldbarkeit von selber in sich schlossen, und deren Geltung auch für die Usucapion außer Zweifel war. Paulus in seinem Liber singularis de iuris et facti ignorantia stellt an die Spitze seiner ganzen Ausführung den allgemeinen Satz:

> Regula est, iuris ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

fügt dann aber ebenso allgemein die Beschränkung hinzu:

> Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur.

die er noch näher durch eine Berufung auf Labeo bestimmt:

> Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.

Nun kann freilich die Allgemeinheit, in der ein Rechtssatz von den römischen Juristen ausgesprochen wird, nicht grade immer als ein Beweis für seine wirkliche Allgemeingültigkeit angesehen werden, man denke z. B. an das „errantis nulla voluntas“; allein es ist denn doch ein wesentlicher Unterschied, ob ein solcher allgemeiner Satz nur gelegentlich einmal, wie jener, bei einem besondern Falle beigefügt wird, wo seine Tragweite nicht allgemein erwogen wird, oder ob er so wie hier in einer eigenen Monographie über den betreffenden Gegenstand als Grundprincip an die Spitze gestellt wird. Daß die

Möglichkeit von Ausnahmen daneben immer noch bestehen bleibt, versteht sich von selbst. Daß indessen grade bei den Grundsätzen über den Irrthum die Usucapion keine Ausnahme bildet, das wird dadurch noch besonders außer Zweifel gesetzt, daß in den Pandekten in demselben Titel de iur. et facti ign. in L. 4 die allgemeine Regel speziell für die Usucapion wiederholt wird:

> Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat;

und damit man nicht etwa sage, die Beschränkung in Betreff der Entschuldbarkeit stehe doch nicht dabei, so ist diese dicht vorher in L. 3 und dicht nachher in L. 6 allgemein wiederholt:

> — ignorantiam accipiendam non deperditi et nimium securi hominis, —
>
> — nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis.

Schon hierdurch wird die Annahme von Wächter (S. 21. 22) unmöglich gemacht, die allgemeinen Grundsätze über den Irrthum und seine Entschuldbarkeit seien auf die Usucapion nicht anzuwenden, weil der Irrthum bei dieser zu den Fällen des unächten Irrthums gehöre. Dieses wäre mit dem allgemeinen Ausspruche der L. 9 cit. wenigstens dem Wortlaute nach allenfalls vereinbar, mit der L. 3—6 aber keinenfalls. Der Sache nach aber ist es zwar richtig, daß das Erforderniß der Entschuldbarkeit in den Fällen, die Savigny als unächten Irrthum bezeichnet, nicht anzuwenden ist. Indessen gehört die Usucapion nicht dazu, Wächter hat sie nur darum mit darunter stellen können, weil er den ganzen Unterschied, wie bereits oben S. 73 gezeigt ist, in einer anderen, aber nicht zu rechtfertigenden, Weise kategorisirt. Es ist namentlich gezeigt, daß die Unterscheidung, ob der Irrthum Bestimmungs- oder Erkenntnißgrund sei, kein Kriterium abgiebt, da sich in den wichtigsten Fällen, z. B. namentlich beim Irrthum über das Eigenthum des Auctors, beides vereinigt. Ueberdies aber wird auch durch Wächters Kategorisirung selber die Stellung der Usucapion zum unächten Irrthum gar nicht begründet. Denn der Irrthum kann als solcher weiter nichts erkennen lassen, als daß der Irrende nicht die Absicht hat, Unrecht zu thun. Dies kann aber an sich keine andere Wirkung haben, als daß die gewöhnlichen Folgen der widerrechtlichen Absicht nicht eintreten. Die positive Usucapion folgt daraus nicht. Denn diese besteht darin, daß wegen des Irrthums der Kauf oder sonstige Titel, der an sich das

Eigenthum hier nicht verschaffen kann, dieses doch wenigstens nach gewisser Zeit in dem Falle bewirken soll, wenn der Käufer im Irrthum war. Somit gehört die Usucapion gerade zu denjenigen Fällen, wo (wie Wächter selbst mit Savigny übereinstimmend sagt) die regelmäßigen Folgen einer Handlung für den Irrenden wegen des Irrens verändert werden, wo aber eben deshalb der Irrthum ein entschuldbarer sein muß. Danach kann kaum ein Zweifel sein, daß der Irrthum bei der Usucapion vielmehr zu den Fällen des s. g. ächten Irrthums gerechnet werden muß, und daß daher die obigen Stellen, nach denen das Princip der Entschuldbarkeit des Irrthums auch für die Usucapion gilt, auch innerlich vollständig begründet sind.

§ 9. — „aut scit aut scire debet" — L. 7 §. 2 pro emtore.

Der Mangel von einzelnen Stellen, in denen die bisher entwickelten Grundsätze von bona fides und Irrthum in einzelnen Entscheidungen auf Usucapionsfälle angewendet wären, kann hiernach in der Sache selber kein Bedenken mehr erregen. Es ist viel mehr davor zu warnen, daß man nicht fälschlich Unterstützung in Stellen sucht, die sie nicht enthalten. Dahin gehören namentlich die Stellen, die von der iusta causa erroris beim Putativtitel sprechen.[1]) Titel und Fides sind ganz zu trennen.[2]) Der Irrthum beim Putativtitel muß positiv eine besondere iusta causa ignorantiae haben, der Irrthum der bei der bona fides darf nur negativ keine crassa negligentia nimium securi hominis sein. Zum Putativtitel ist aber auch L. 44 §. 4 de usuc. zu rechnen, die Windscheid[3]) noch mit auf die bona fides bezieht: Wer als Haussohn kauft aber nicht tradirt erhält, kann als pater familias (pro emtore) usucapiren, „si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emtam non levi praesumtione credat". Schon die Schlußworte deuten auf die besondere iusta causa erroris, die hier die fehlende Tradition, also den eigentlichen Titel, ersetzen soll. Dagegen ist das scit aut scire debet in L. 7 §. 2 pro emtore auf die bona fides zu beziehen: Ein Sklave giebt einem Freien den Auftrag, ihm eine Sache zu kaufen, und bekommt

[1]) L. 11 pro emtore. L. 5 §. 1 pro suo.
[2]) S. darüber unten §. 11.
[3]) Pandekten §. 178 N. 1.

sie von ihm nach der Freilassung tradirt, obgleich ihm das peculium bei der Freilassung nicht überlassen ist; die Usucapion wird hier verworfen, quia aut scit servus, peculium sibi concessum non esse, aut scire debet et per hoc similis est ei, qui se creditorem esse dissimulat“. Die Stelle bezieht sich den Schlußworten zufolge auf den s. g. Titel pro soluto und ist aus L. 3 pro suo zu erklären, wo es gleichfalls von einer fälschlichen Solution heißt:

> si scissem, mihi nihil deberi, usu non capiam, quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam;

d. h. die Tradition ex causa debiti bildet einen wirklichen Titel, wenn auch die Schuld nur irrthümlich angenommen wird. Es ist das kein Putativtitel [1]) sondern ein wirklicher, weil der Irrthum über die causa traditionis den Uebergang des Eigenthums nicht verhindert. Nur wenn der Empfänger weiß, daß die Schuld in Wahrheit nicht existirt, begründet die Tradition weder Eigenthum noch Usucapionstitel, weil dann in der Annahme ein furtum enthalten ist. [2]) Eigentlich würde danach, da furtum nicht ohne animus furandi ist, nur wirkliches Wissen den Titel ausschließen, und jeder factische Glaube zum Titel an sich genügen. Dennoch wird dem „scit“ das „scire debet“ ohne weiteres gleich gestellt. Der Grund ist nicht angegeben, er kann aber kein anderer sein, als weil der unentschuldbare Irrthum zwar das Dasein des Titels nicht ausschließt, wohl aber die Annahme der bona fides, ohne die der Titel nichts helfen kann.

§. 10. Moderne Ansichten.

Vergleicht man die Bestimmung der bona fides als Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit mit den Definitionen, die vom Standpunkte des guten Glaubens für die bona fides aufgestellt sind, so ergiebt

---

[1]) In L. 48 de usuc. wird der Putativtitel von Paulus verworfen, der Titel pro soluto aber auch bei der indebiti solutio anerkannt: Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse, aliud si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam; hic enim nisi emptio praecedat, pro emtore usucapio locum non habet.

[2]) L. 43 pr. de furtis: — „qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit, nec nummi eius fient.“ Vgl. Vangerow, Pandekten 3, 398 ff.

sich folgender Unterschied. Der Begriff der Redlichkeit im obigen Sinne ist in sich selber ein Princip und giebt darum gleichmäßig für alle die so verschiedenartigen Fälle der Anwendung den Ausgangspunkt für die Entscheidung, er bedarf für sich selber keiner weiteren Bestimmung, sondern man hat nur, um seinen vollen Inhalt darzulegen, die verschiedenen Richtungen der Anwendung zusammenzustellen und seine Consequenzen dafür zu ziehen.

Beim Begriffe des guten Glaubens ist dies anders. Das glauben an sich ist überhaupt kein Princip, sondern ein Factum, kein ethischer, sondern ein psychologischer Begriff, er bekommt seinen ethischen oder rechtlichen Charakter erst durch den Gegenstand, den man glaubt. Für diesen aber ist die bloße Bestimmung „gut“ eine so allgemeine und abstracte, daß zur practischen Brauchbarkeit noch eine genauere Bezeichnung dessen, was man glauben soll, nothwendig ist. Die ältere Definition bei uns war, guter Glaube sei der Glaube, Eigenthümer zu sein. Daß dies falsch ist, steht gegenwärtig fest. Was an die Stelle zu setzen sei, ist aber sehr streitig: Stintzing (S. 60, 61) meint: der Glaube an das Recht des Auctors und die Rechtmäßigkeit des Erwerbsactes, Brinz:[1]) der Glaube an das Eigenthum und die Dispositionsmacht des Auctor, Schirmer (S. 214) und Windscheid:[2]) der Glaube, durch die Aneignung der Sache kein materielles Unrecht zu thun, Burckhard (S. 295): der Glaube volente et concedente domino zu erwerben, u. s. w. Alle diese Specialisirungen haben in den Worten bona fides als solchen keinen unmittelbaren Anhalt, sondern gründen sich auf einzelne Anwendungsfälle, umfassen aber einerseits nicht alle oben genannten Fälle und gehen anderseits zu weit, bedürfen daher einzelner Ausdehnungen und Beschränkungen. Sie führen damit von selbst auf ein allgemeineres Grundprincip zurück, wovon sie nur die Folge bilden, und dies ist eben die bona fides im römischen Sinn. Mit Recht sagt daher Scheuerl,[3]) das Princip sei die Redlichkeit des Erwerbens, diese solle die unvollständige Rechtmäßigkeit des Erwerbes ersetzen. Er setzt aber den Begriff der bona fides in seiner Anwendung auf die Usucapion nicht mit dem allgemeinen Begriffe von bona fides in Ver-

---

[1]) Pandekten 1, 211.

[2]) Pandekten, §. 176. Aehnlich Wächter, S. 11—14.

[3]) Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, 2, 54.

bindung und kommt dadurch (S. 56, 62) zu der falschen Abstraction, die Redlichkeit als Willenseigenschaft sei von dem Grunde des Irrthums unabhängig. Dies führt ihn dann wieder zu der blos negativen Bestimmung zurück, bona fides sei die Abwesenheit des Bewußtseins von materieller Mangelhaftigkeit des Erwerbes. Indessen drängt ihn seine Grundidee daneben doch wieder zu der Annahme von verschiedenen Stufen der Unredlichkeit des Bewußtseins (S. 62) und dann auch wieder zu dem Erfordernisse der Entschuldbarkeit des Irrthums (S. 67—74).

Allen diesen und anderen Widersprüchen entgeht man nur, wenn man den Begriff der bona fides von dem des Glaubens als solchen vollständig ablöst und vielmehr in seiner wahren oben bestimmten allgemeinen Bedeutung von Redlichkeit erfaßt.

§. 11. Fides und Titel.

Danach ist auch das Verhältniß der fides zum Titel zu bestimmen. Savigny[1]) meint, der Titel solle die fides rechtfertigen, er sagt: „zur Usucapion taugt der Irrthum nur, wenn er gerechtfertigt ist, und diese Rechtfertigung eben wird durch die Forderung des Titels ausgedrückt". Allein dies ist selbst vom Standpunkte des Irrthums und des Glaubens aus unrichtig. Es ist ein unlogischer Gedanke, daß der Titel den Irrthum über die Mängel des Titels rechtfertigen soll. Wie kann z. B. der Kauf den Irrthum über das fehlende Eigenthum oder Verkaufsrecht des Verkäufers rechtfertigen? Man müßte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß Jemand eine Sache verkaufe, die ihm nicht gehört. Allein factisch kann ja der Nichteigenthümer eben so gut verkaufen, wie der Eigenthümer, und thut es doch auch oft genug. Somit kann nicht das verkaufen als solches den Glauben an das Eigenthum des Verkäufers rechtfertigen, sondern nur die den Verkauf begleitenden Umstände können es, diese sind aber an sich etwas außer dem Titel als solchem liegendes. Beim Kaufe von einem Minderjährigen oder Wahnsinnigen sagt Savigny selber:[2]) „Natürlich wird vorausgesetzt, daß die irrige Annahme durch das täuschende äußere Ansehen der Person unterstützt wurde".

---

[1]) System 3, 371. Aehnlich Windscheid, Pandekten §. 178.

[2]) System, 3, 373 not. f.

Allein dann ist es ja dieses „täuschende Ansehen der Person", was den Irrthum rechtfertigt, nicht der Kauf an sich.

Das Verhältniß ist daher nur folgendes: Weil der Erwerb eines Rechts nicht ohne einen Rechtsgrund möglich ist, so kann man auch den Glauben, ein Recht zu erwerben, nicht anders haben, als wenn man einen Erwerbsgrund oder Titel entweder wirkich hat oder wenigstens zu haben glaubt, sei es speciell, wie beim Putativtitel, oder wenigstens im allgemeinen, wie bei der außerordentlichen Verjährung. Insofern ist also der Titel (oder wenigstens seine Annahme) eine Voraussetzung des Glaubens, dieser ist negativ nicht ohne ihn möglich, keineswegs begründet er ihn aber im übrigen auch positiv. Der Kauf beweist nicht, daß man bona fide kauft, denn man kann auch mala fide kaufen. Insofern entnimmt Stintzing (S. 71) daraus nicht ohne Schein ein Argument gegen das Erforderniß der Rechtfertigung des Glaubens und Irrens, indem er sagt, daß man ja dann eigentlich zwei Titel, einen für den Besitz und einen für den Glauben, fordern müsse. Eine solche iusta ignorantiae causa ist beim Putativtitel allerdings wirklich nöthig. Allein bei diesem handelt es sich eben wesentlich nur um den Glauben an das bestimmte einzelne Factum, was den Titel begründen würde, und dieses einzelne glauben kann und muß concret gerechtfertigt werden. Die bona fides besteht aber grade wesentlich nicht in einem einzelnen irren und glauben, sondern in der redlichen Gesinnung überhaupt in ihrer Beziehung auf sämmtliche Elemente und Erfordernisse des einzelnen vorliegenden Geschäftes. Für die bona fides in diesem Sinne giebt es keine besondere causa, und darum auch keinen besondern Beweis, sondern sie kann nur in den einzelnen Beziehungen und Punkten des Geschäfts geläugnet nnd widerlegt werden, wenn der Gegner beweist, daß man die einzelne Widerrechtlichkeit entweder wirklich gewußt hat, oder wenigstens als redlicher Mann hätte wissen sollen, also unverantwortlicher Weise sie nicht gewußt, nur leichtfertig und in eigennütziger Verblendung an sein Recht geglaubt hat, daß man mit einem Worte nicht „bona fide credidit". Damit erklärt sich denn auch von selber die eigentliche Bedeutung und Begründung der s. g. Präsumtion für die bona fides. Faßt man diese als Präsumtion für den Glauben an ein bestimmtes einzelnes concretes Factum, so hat sie keinen Sinn und Grund, sieht man darin die Vermuthung für die redliche Gesinnung bei dem ganzen Geschäfte oder Verhältnisse, so versteht sie sich von selbst.

§. 12. Der Rechtsirrthum bei der Usucapion.

Es ist nunmehr noch das Verhältniß des Rechtsirrthums zur bona fides und zur Verjährung festzustellen. Den Ausgang für diese Untersuchung bildet die bekannte Regel der L. 31 pr. de usuc.:

Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest.

Es ist dabei zunächst der Umfang, in welchem sie anzuwenden ist, zu bestimmen, und dann das Verhältniß, in welchem sie zur bona fides steht.

Wächter's Ansicht (§. 4. 22) über die Regel ist, daß sie sich nur auf den Putativtitel beziehe, nur dessen Annahme bei Rechtsirrthum ausschließe, hier aber selbständig und ausnahmslos, mit der bona fides hänge sie nicht zusammen und darum sei sie bei der außerordentlichen Verjährung völlig unanwendbar. Bei dieser Ansicht muß zunächst die Beschränkung der Regel auf den Putativtitel in hohem Grade auffallend erscheinen. Die Regel ist nicht nur in der obigen Stelle mit besonderer Betonung ihrer Allgemeinheit ausgesprochen (nunquam — prodest), sondern in verschiedenen anderen Stellen ebenso allgemein, in L. 4 de iur. ign.:

Iuris ignorantiam in usucapione prodesse negatur.

in L. 32 §. 1 de usuc.:

— in iure erranti non procedit usucapio.

in L. 2 §. 15 pro emtore:

— non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

Daß die Möglichkeit eines beschränkteren Sinnes dadurch nicht absolut ausgeschlossen ist, soll nicht geleugnet werden, allein wenigstens müßten es doch sehr dringende Gründe sein, wodurch namentlich eine so weitgehende Beschränkung, wie die auf den Putativtitel gerechtfertigt werden könnte. Die Gründe sind nun aber, so viel ich sehe, keine andern als zunächst der innere, daß es sich nur beim Putativtitel um einen ächten Irrthum handle, bei den Fällen von Irrthum aber, die die bona fides begründen, nur um unächten, und dann der äußere, daß sich einzelne Anwendungen der Regel nur bei dem Putativtitel fänden. Bei dem ersten Grunde ist zwar das richtig, daß es bei den Fällen von Irrthum, die Savigny als unächten Irrthum bezeichnet, auf die Entschuldbarkeit des Irrthumes und darum auch auf den Unterschied von factischem und rechtlichem Irrthume, nicht ankommt; allein es ist bereits oben S. 73 und S. 95 gezeigt, daß dieses auf den Begriff von unächtem Irrthume, den Wächter

aufstellt, nicht paßt, und daß der Irrthum bei der Usucapion, namentlich der über das Eigenthum des Auctors, zum unächtem Irrthume in Savigny's Sinne nicht gerechnet werden kann.

Ebenso ist der zweite Grund zwar an sich richtig, allein die Allgemeinheit der Regel wird durch die einzelnen Anwendungsfälle nicht widerlegt, sondern umgekehrt nur bestätigt, da die Anwendung auf den Putativtitel dabei ausdrücklich nur als Consequenz einer allgemeineren Regel hingestellt wird. In der L. 2 cit. heißt es:

— non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

und in der L. 31:

Nunquam in usucapionibus iuris error prodest, et ideo etc.

Die L. 2 sagt also: weil der Rechtsirrthum nie nützt, nützt er auch bei der Usucapion nicht, und die L. 31: weil er bei der Usucapion nie nützt, nützt er auch in dem Falle nicht, wenn u. s. w. Damit ist die Ableitung der einzelnen Entscheidungen aus dem allgemeinen Grundsatze nicht nur deutlich sondern unbestreitbar ausgesprochen, und jede Annahme einer besondern Regel für den Putativtitel absolut ausgeschlossen. Man müßte schon danach die Allgemeinheit der Regel festhalten, wenn sie auch durch keine weitern Gründe positiv unterstützt würde. Indessen fehlt es auch an solchen nicht. Wächter hat zwar die von mir angeführten bestritten, doch kann ich sie nicht als widerlegt anerkennen. Der erste ist die viel besprochene L. 32 §. 1 de usuc., worin es heißt, daß, wer irrthümlich ein gesetzliches Usucapionsverbot annehme, nicht usucapiren könne, „quia in iure erranti non procedit usucapio". Da die Stelle sich nicht auf den Putativtitel bezieht, so zeigt sie, daß man eine anderweitige Anwendung der Regel für möglich gehalten, die Regel also in einem weiteren Umfange als nur für den Putativtitel aufgefaßt hat. Welchen Fall der Anwendung die Stelle im Sinne hat, ist zwar zweifelhaft, und Wächter wendet daher ein, der Sinn der Stelle sei so zweifelhaft und bestritten, daß man daraus kein sicheres Resultat entnehmen könne. Allein mag der Sinn sein welcher er will, so ist ja jedenfalls das außer allem Zweifel, daß die Stelle nicht vom Putativtitel spricht, und nur darauf allein kann es bei der vorliegenden Frage ankommen. Auch zeigt die Stelle, daß die Allgemeingültigkeit der Regel sehr fest gestanden haben muß. Pomponius führt für seinen auffallenden Satz über das Usucapionsverbot zwei Gründe an: „vel quia non bona fide videatur possidere,

vel quia in iure erranti" etc. Er stellt also die Regel über den error iuris neben die über die bona fides, und offenbar beide als gleichmäßig von anerkannter zweifelloser Kraft. Natürlich nimmt man auch zu einer so kurzen Begründung eines problematischen Satzes nur Gründe, die wenigstens an sich unzweifelhaft und nicht selber schon problematisch sind.

Ein zweiter Grund ist, daß die Regel in der Stelle von Pomponius und überhaupt im zweiten Jahrhunderte der Kaiserzeit bereits als eine feste, althergebrachte erscheint, während die Zulassung des Putativtitels damals erst ihren Anfang genommen hat. Sie ist also nicht als eine Ausnahme von der Zulassung der Putativtitel eingeführt, sondern umgekehrt wurden diese nur so weit eingeführt, als die alte Regel es duldete. Hiergegen wendet Wächter ein, daß das höhere Alter der Regel nirgend bezeugt sei, daß man höchstens gleiche Entstehungszeit für die Regel und die Zulassung der Putativtitel annehmen könne, und daß dieses gerade für ihren inneren Zusammenhang spreche. Allein wenn auch kein directes Zeugniß für das Alter der Regel überliefert ist, so zeigt doch zunächst die feste, objective, sprichwortartige Weise, in der schon Pomponius sie anführt: error iuris non prodest, nunquam prodest, nulli prodest, so wie ihre Gleichstellung mit der bona fides in der L. 32 cit. zur Genüge, daß man sie damals bereits als eine alte zweifellose Regel überkommen hat. Man vergleiche damit nur die Art, wie der Putativtitel auftritt. Celsus verwirft ihn noch vollständig,[1] Africanus sagt,[2] es sei zwar alte Regel (vulgo traditum est): ohne Titel keine Usucapion, aber man müsse dies beschränken: hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam erroris habeat, und ähnlich Neratius:[3] ita interpretandum est, ut probabilis error non obstet. Schon die subjective Art, mit der die Zulassung des Putativtitels hier aufgestellt wird, zeigt die Neuheit des Principes im Vergleiche mit der alten objectiven Regel. Dazu kommt der zweifelhafte Erfolg der Neuerung, indem nicht nur Ulpian und Paulus,[4] sondern auch noch Diocletian[5] die alte Regel wiederholen, und selbst Justinian

---

[1]) L. 27 de usuc.
[2]) L. 11 pro emtore.
[3]) L. 5 pro suo.
[4]) L. 27 de usuc. L. 2 §. 2 pro emtore.
[5]) L. 5 C. de praescr. (7, 33). L. 3 C. de usuc. pro don. (7, 27).

noch die Widersprüche aufnimmt.[1]) Auch ohne directes Zeugniß ist in diesen Umständen ein genügender historischer Beweis enthalten.

Ein dritter Grund für die Allgemeingültigkeit der Regel bei der Usucapion ist, daß sie nicht nur als eine einfache Consequenz der allgemeinen Regel error iuris nocet für die Usucapion erscheint, sondern insbesondere auch eine specielle Anwendung der allgemeinen Unterscheidung beim Rechtsirrthume bildet, welche in L. 7 und 8 de iur. ignor. ausgesprochen ist:

> Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus (l. 8: in damnis amittendae rei suae) non nocet.

Es ist oben im Gutachten S. 22—24 ausgeführt, daß man diesen Ausspruch nicht mit Savigny[2]) für völlig bedeutungslos erklären dürfe[3]), daß man darin vielmehr eine regula iuris sehen müsse, die, wenn sie auch nicht buchstäblich als eigentliches Princip für die ganze Behandlung des Irrthums gelten kann, doch jedenfalls die allgemeine maßgebende Idee enthält, der Rechtsirrthum sei strenger zu beurtheilen, wenn es sich um Erlangung eines Vortheiles handelt, als wenn um Eintritt und Abwendung eines Nachtheiles. Es ist das an sich ein sehr natürliches und billiges Princip (wie unten §. 15 näher zu zeigen ist), und wenn auch die Grenze zwischen beiden im einzelnen mitunter zweifelhaft sein kann, so ist doch grade die Usucapion unzweifelhaft zu der ersteren Kategorie zu rechnen. Daß nun dieser „allgemeine Gedanke, der den Stellen zu Grunde liegt, zuzugeben ist", ist auch Wächters Ansicht (S. 106). Er hatte sich schon früher[4]) gegen die Ausführung Savigny's erklärt, wonach dieser „auf ein Resultat kommt, nach welchem die Gegensätze in L. 7 und 8 über die verschiedenen Fälle des Rechtsirrthums für das praktische Recht ganz bedeutungslos würden." Ebenso stimmt er jetzt und früher in der Beziehung des „acquirere" auf die Usucapion überein, dagegen meint er (S. 108), jetzt wie früher, man dürfe die Regel „blos auf das Vorhandensein eines gültigen Titels, nicht auch auf die bona fides beziehen, nur bei dem Titel schade dem Besitzer der Rechtsirrthum, und zwar unbedingt." Allein wenn man

---

[1]) Vgl. Fitting, im Arch. f. d. civ. Prax. 52, 418.
[2]) Syst. 3, 344—53.
[3]) Dagegen auch Vangerow, Pandekten 1, 122—126.
[4]) Würt. Privatr. 2, 123 n. 17.

die Regel überhaupt einmal als practisch anerkennt und auf die Usucapion bezieht, so ist die Beschränkung auf den Putativtitel keinenfalls in den Worten selber irgend wie begründet, ihre Hereinziehung von außen würde aber natürlich voraussetzen, daß die Beschränkung überhaupt an sich begründet wäre, was aber grade erst zu erweisen wäre.

§. 13. Der Rechtsirrthum bei der außerordentlichen Ersitzung.

Gilt die Regel über den Rechtsirrthum auch bei der außerordentlichen Ersitzung? Wenn sie auf den Putativtitel beschränkt wäre, natürlich nicht, da ja ein Titel bei dieser überhaupt nicht erforderlich ist. Wächter bestreitet ihre Anwendung aber auch darum, weil sie „nur für die Usucapion ausgesprochen, also auf diese zu beschränken ist“ (§. 25 a. E.), der Rechtsirrthum hebe nicht den Begriff der bona fides auf, sondern könne höchstens nach besonderer Bestimmung ihre Wirkung ausschließen, diese Bestimmung sei aber jedenfalls nur für die Usucapion ausgesprochen (§. 26). Allein diese Unterscheidung zwischen Begriff und Wirkung der bona fides kann die Ausschließung der Regel bei der außerordentlichen Ersitzung nicht rechtfertigen. Zunächst ist der Grund, daß die Regel nur für die ordentliche Ersitzung ausgesprochen sei, thatsächlich nicht richtig. Die Regel „error iuris nocet“ ist in L. 9 de iur. ign. ganz allgemein ausgesprochen, ebenso in L. 7 und 8 die Regel „iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus“, und in L. 2 §. 15 pro emtore ist die Ausschließung der Usucapion durch Rechtsirrthum nicht als eine besondere Usucapionsregel hingestellt, sondern nur als eine Anwendung der allgemeinen Regel:

— non capies usu, quia error iuris nulli prodest.

In den drei andern Stellen (oben S. 101) ist die Regel allerdings nur in Beziehung auf die Usucapion ausgesprochen, allein die L. 4 steht im Titel de iuris ignorantia mitten unter den allgemeinen Aussprüchen über Irrthum, und zwar ganz einfach ohne die mindeste Andeutung, daß die Regel etwas besonderes grade nur für die Usucapion wäre und nicht bei andern Ersitzungen grade ebenso gelten könne und müsse. Die Anwendung einer Regel auf einen Fall schließt ja die Anwendung auf andere nicht aus. Und daß sie auch

wirklich anderweitig angewendet ist, läßt sich ja kaum bezweifeln. Bei der 30jährigen Ersitzung, die erst von Justinian eingeführt ist, konnten die römischen Juristen zwar noch keine Anwendung machen, bei der praescriptio longi temporis aber, die ja zur Zeit der classischen Juristen von der Usucapion noch ganz getrennt war, ist die Anwendung der Regel noch von Niemanden bezweifelt, selbst von Hameaux[1]) nicht, der doch sonst alle irgend erfindlichen Unterschiede von Usucapion und Präscription aufgetrieben hat. Auch ist es, da beide Ersitzungen in ihrem inneren Grunde und Zwecke so gleich waren, daß sie Justinian zuletzt ganz vereinigt hat, kaum denkbar, daß in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen ihnen stattgefunden hätte. Daß wir keine Stellen darüber in Pandekten oder Codex haben, erklärt sich grade aus ihrer Vereinigung von selber.

Wenn nun aber die Wirkung des Rechtsirrthums bei der Usucapion nichts besonderes und singuläres war, sondern nur auf der der Anwendung der allgemeinen Grundsätze beruhte, und darum bei der praescriptio longi temporis, nachdem sie aus einer extinctiven Klagenverjährung zu einer acquisitiven Eigenthumsersitzung ausgebildet war, ohne weiteres grade eben so angewendet wurde, so muß man fragen, ob nicht auch bei der praescriptio XXX annorum, seitdem sie gleichfalls aus einer extinctiven Klagenverjährung zu einer acquisitiven Eigenthumsersitzung umgewandelt ist, derselbe Grundsatz ganz gleichmäßig angewendet werden müsse. Daß sie erst so viel später von Justinian eingeführt ist, kann in keiner Weise ein Hinderniß sein nach dem bekannten Principe der L. 26 u. 27 de legibus:

> Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. Ideo, — semper quasi hoc legibus inesse credi oportit, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

Daß die neue Ersitzung der alten „similis“ ist, ist klar. Justinian selber stellt sie in L. 8 C. de praescr. XXX ann. (7, 39) in unmittelbare Parallele, indem er erst von der Einrede und Klage bei der alten praescriptio spricht, und dann das „praedictum auxilium“ und „simile praesidium“ auch für die neue anordnet. Savigny[2]) sagt daher mit Recht, daß man sie consequenter Weise als Usucapion

---

[1]) Die usucapio und longi temporis praescriptio. S. 138—9.

[2]) Besitz. §. 2. S. 30 (7. Aufl.).

von 30 Jahren bezeichnen müsse. Der einzige Zweifelsgrund könnte der sein, daß Justinian den Rechtsirrthum nicht ausdrücklich erwähnt, sondern nur Besitz und bona fides fordert. Damit, könnte man sagen (falls man überhaupt den Rechtsirrthum von der bona fides ganz trennt), sei die Rücksicht auf Rechtsirrthum grade eben so ausgeschlossen, wie die auf Titel und Usucapionsverbote. Allein zwischen beiden ist denn doch ein bedeutender Unterschied. Das Erforderniß des Usucapionstitels und die Usucapionsverbote beruhen auf besonderen speciellen Bestimmungen für die alte Usucapion, und sind darum bei der neuen von selber ausgeschlossen. Die Wirkung des Rechtsirrthumes bei der Usucapion ist dagegen nichts als die Anwendung der allgemeinen Regel: error iuris cuique nocet und acquirere volentibus non prodest. Justinian hat aber in seinem kurzen Gesetze natürlich nur die besondern Erfordernisse seiner neuen Ersitzung bestimmen wollen, die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze ist daneben als sich von selber verstehend anzusehen. Dazu gehört aber die Ausschließung des Erwerbs im Falle eines Rechtsirrthums grade eben so gut wie z. B. die Ausschließung des Erwerbes bei Rechtsunfähigen und bei res extra commercium. Wenn man daher bei der Usucapion sagt: der Rechtsirrthum verhindert nach den allgemeinen Grundsätzen zwar nicht das Dasein der bona fides, wohl aber ihre Wirkung, so muß man dasselbe hier grade ebenso annehmen. Offenbar hat sich auch Justinian Begriff und Wirkung der bona fides bei beiden Ersitzungen ganz gleich gedacht. Er sagt zuerst von der alten praescriptio:

> Si quis — rem bona fide per X annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos — acquisierit, posteaque possessionem perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere, sancimus;

und dann von der neuen:

> Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus — exceptione XXX annorum expulsus est, praedictum auxilium cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide eam rem tenuerat, simili uti possit praesidio, sin vero mala fide etc.

Die Parallele ist so absichtllch und durchgreifend, daß eine Verschiedenheit in der Anwendung der allgemeinen Grundsätze vom

Rechtsirrthume auf die bona fides nicht angenommen werden kann, mag man sie auf ihren Begriff oder ihre Wirkung beziehen.

Daß indessen diese ganze Unterscheidung überhaupt gar nicht begründet ist, wird sich in den folgenden Paragraphen zeigen.

§ 14. Error iuris und bona fides.

Die zweite Hauptfrage über den Rechtsirrthum ist die über sein Verhältniß zur bona fides. Es versteht sich von selbst, daß, wenn man unter bona fides nur das factische Glauben begreift, es vollständig gleichgültig sein muß, ob der dabei zu Grunde liegende Irrthum ein factischer oder ein rechtlicher ist. Faßt man die bona fides dagegen in ihrer römischen Bedeutung als Rechtlichkeit auf, die das Element der Ueberlegung mit in sich schließt, so versteht sich eben so von selbst, daß die Unterlassung der schuldigen Erwägung der betreffenden Rechtssätze nicht weniger die bona fides ausschließt, als die Leichtfertigkeit in Betreff der Thatsachen. Im Gegentheil muß die Anforderung hier noch strenger sein, da es ja ein allgemeiner natürlicher Satz ist, daß im ganzen Rechte der Rechtsirrthum strenger beurtheilt wird, als der factische.[1]) Die Unkenntniß des Gesetzes darf Niemandem Vortheil bringen (iuris error nulli prodest), daher muß im ganzen Rechte in der Regel der Rechts-unwissende dem wissenden gleich behandelt werden. Man darf nicht entgegenhalten, daß mala fides dem dolus gleich stehe und daher Bewußtsein und Absicht voraussetze. Das Verhältniß ist wie bei dolus und culpa lata: wie die lata culpa zum dolus gehört, so der error iuris zur mala fides.

Daß die Römer dieses Princip wirklich gehabt haben, läßt sich mit großer Sicherheit nachweisen. Es zeigt sich zunächst schon darin, daß selbst im Strafrechte, wo doch eigentlich der rein factische Bestand des wissens und wollens entscheiden zu müssen scheint, die Berücksichtigung des Rechtsirrthums regelmäßig ausgeschlossen ist.

Schon von anderen, namentlich Savigny,[2]) ist nachgewiesen, daß die Römer auch bei solchen Delicten, zu deren Begriffe und That-

---

[1]) L. 2 de iur. ign.: „In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, cum“ etc.

[2]) System 3, 388—395.

bestande dolus, d. h. Bewußtsein und Absicht, gehört, und bei denen daher factischer Irrthum die Strafbarkeit ausschließt, doch auf Unkenntniß des Strafgesetzes keine Rücksicht nehmen, also den Rechtsunwissenden dem wissenden gleich behandeln. Und zwar ist dies nicht etwa nur bei denjenigen Strafgesetzen, die auf dem ius naturale beruhen, sondern auch bei rein positiven Bestimmungen des ius civile, nur daß bei den letzteren die bekannten Begünstigungen der Weiber, Minderjährigen und s. g. rustici eintreten. Aber selbst da, wo ausdrücklich die Worte dolus malus gebraucht waren, wurden doch nur wegen rusticitas, nicht wegen einfacher ignorantia Ausnahmen zugelassen.[2]) Zweifelhaft kann nur sein, ob diese Behandlung des Rechtsirrthums nur dann eintritt, wenn der Irrthum das Strafgesetz als solches betrifft, oder auch dann, wenn er sich nur auf die strafbare Beschaffenheit der einzelnen Handlung bezieht. Beim furtum wird factischer, d. h. bewußter, animus furandi gefordert, und darum namentlich bei einem Rechtsirrthume über das Eigenthum an der gestohlenen Sache kein furtum angenommen.[3]) Ob dieses, wie Savigny meint, allgemein bei allen Delicten analog anzuwenden ist, oder auf dem besonderen Erfordernisse des animus furandi beruht, mag hier dahin gestellt bleiben. Die über einzelne Delicte überlieferten Stellen scheinen zwar nur das Strafgesetz im Auge gehabt zu haben, doch ist in der allgemeinen Aeußerung von Modestinus in der Coll. 1, 12 eine solche allgemeine Unterscheidung keinenfalls irgend wie angedeutet:

> Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus iuris civilis venia tribui solet, si modo rem facti quis, non iuris ignoret.[4])

Die Gleichstellung des Rechts-unwissenden mit dem wissenden darf man aber andererseits auch nicht als einen blos strafrechtlichen, etwa aus dem Abschreckungsprincipe abgeleiteten, Satz ansehen, sondern sie findet sich gerade ebenso auch im Privatrechte. Sie zeigt sich zunächst noch ohne Beziehung auf bona und mala fides in allen den Fällen, wo die Wirkungen des Irrthumes bei Rechtsirrthum ausgeschlossen werden, wie bei der condictio indebiti, confessio in

---

[2]) So z. B. bei dem Edicte, wenn Jemanden die prätorischen Edicte „dolo malo corruperit". L. 7 pr. §. 4 de iurisdictione.

[3]) L. 36. 37 de usuc.

[4]) Aehnlich in L. 11 §. 8 D. 3, 2: ignorantia enim excusatur, non iuris sed facti.

iure, Macedonianum, Erbschaftsverzichten u. s. w., zum Theil in sehr auffälliger Weise, z. B. bei der confessio in iure:

> Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit. [1])

Geständniß scheint durch Irrthum absolut ausgeschlossen zu sein; dennoch wird der Rechts-unwissende dem wissenden gleich und darum als gestehend behandelt.

Bei dem Bürgen, der aus einer ungültigen Bürgschaft gezahlt hat, wird gesagt:

> si cum fideiussor ignoraret inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, aliud dici debebit.

Beim tempus utile der bonorum possessio werden nur die Tage gerechnet, „quibus scierit", [2]) aber „iuris ignorantia non prodest, quominus dies cedat," [3]) also der Rechts-unwissende steht dem wissenden gleich; und in Betreff der Rechtskenntniß kommt in Betracht „scientia, quam quis aut habet aut assequi potest," also das „aut scit aut scire debet" stehen auch hier gleich.

Beim SC. Macedonianum heißt es: [4])

> Si quis patrem familias esse credidit, non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, — cessabit SC.

Der auf einem leichtfertigen factischen Irrthum [5]) oder auf einem Rechtsirrthume beruhende Glaube soll nicht beachtet, sondern dem Wissen gleich behandelt werden. Hier wird also ganz direct ein credere, was auf einem Rechtsirrthum beruht, dem non credere gleich gestellt. Unwillkürlich wird man dadurch an das bona fide credere beim Processe mit dem falschen Tutor (oben S. 86) erinnert, und damit ist denn von selber der Uebergang zu dem glauben bei der bona fides gegeben. Ein glauben aus Rechtsirrthum ist keine bona fides. Davon finden sich folgende einzelne Anwendungen: Zum interdictum de aqua ducenda ist bekanntlich Ausübung bona fide erforderlich. Dabei heißt es in L. 1 §. 10 de aqua:

---

[1]) L. 2 de confessis. Vgl. Savigny 3, 387.

[2]) L. 2 pr. quis ordo. 38, 15.

[3]) L. 10 de bon. poss.

[4]) L. 3 pr. ad SC. Macedon.

[5]) In L. 19 eod. heißt es: „qui sciret aut scire potuisset, filium familias esse eum, cui credebat."

— si tamen iure ducere se putavit, cum non in iure sed in facto erravit.

Auch hier gilt also ein Glaube aus Rechtsirrthum rechtlich nicht als Glaube und begründet keine bona fides. Ebenso heißt es bei der Indignität wegen unterlassener Verfolgung der Mörder des Erblassers: [1])

— heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi, — deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum.

Also nur bei error facti wird der Erbe als bonae fidei possessor behandelt, bei error iuris steht er dem gleich „qui sciens insuper habuit," also dem mala fidei possessor.

Eine unmittelbare Beziehung auf den Usucapionsbesitz hat endlich eine Stelle über die actio Publiciana. Hier wird in L. 7 §. 11 de Public. vom Publicianischen Edicte gesagt:

Praetor ait: qui bona fide emit; non igitur omnis emtio proderit sed ea, quae bonam fidem habet.

Dazu wird in L. 13 §. 2 aus Gajus Commentare zu dem Edicte folgende Anwendung gegeben:

Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente se emisse; sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.

Wer von einem Pupillen kauft, muß, um als b. f. possessor für die Publiciana zu gelten, beweisen, daß er mit Genehmigung des Vormundes und ohne gesetzliches Verbot gekauft hat; ausgenommen wird nur der Fall, wenn er im Irrthume von einem falschen Tutor gekauft hat; dann gilt er auch noch als b. f. emtor, weil dies ein factischer Irrthum ist, [2]) wobei aber nach der L. 2 über den falschen Tutor auch noch vorausgesetzt werden muß, daß er wirklich „bona fide crediderit". Nicht ausgenommen sind aber die beiden anderen Fälle, wenn er aus Rechtsunkenntniß ohne allen Tutor oder gegen ein gesetzliches Verbot gekauft; dann gilt er also nicht als bonae fidei emtor.

---

[1]) L. 17 de his, quibus ut indignis.

[2]) Vat. fr. §. 1. L. 27 de contrahenda emt. L. 1. 2 quod falso tutore.

Dasselbe sagt in umgekehrter Weise Paulus in L. 27 de contr. emt.:

— qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere.

Auch hier wird nur beim falschen Tutor ein Gewicht auf das wissen und irren gelegt; wenn aber gar kein Tutor zugezogen ist, so wird auch hier kein Unterschied gemacht, ob die Zuziehung mit oder ohne Kenntniß ihrer Nothwendigkeit unterlassen ist, in beiden Fällen gleichmäßig „non videtur bona fide emere“. Für den letzteren Fall heißt es in L. 2 §. 15 pro emtore:

quodsi putes, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

Dieses „nulli prodest“ und das obige „bona fide non emere“ stehen demnach ganz auf gleicher Linie, als Grund und Folge, der Rechtsirrthum nützt nicht, eben weil man dann nicht als in bona fide befindlich gilt. Dieses Resultat ergiebt sich hier so unmittelbar und steht mit der gesammten Behandlung des Rechtsirrthumes in so natürlichem Zusammenhange, daß dadurch die Unterscheidung der Kategorien von Begriff an sich und Wirkung, auf die Wächter die Sache reduciren will, von selber ausgeschlossen ist. Diese passen eben nur zu dem Begriffe des „guten Glaubens“, nicht zu dem der „bona fides“. Die weitere innere Begründung davon wird unten §. 16 ausgeführt werden.

§. 15. Der §. 4 J. de usucapionibus und die L. 25 §. 6 D. de hereditatis petitione.

Die Resultate, die sich auf diese Weise für das Verhältniß von bona fides und Rechtsirrthum ergeben, werden nun auch nicht durch die beiden Stellen umgestoßen, die Wächter gegen die Ausschließung der bona fides durch Rechtsirrthum geltend gemacht hat, §. 4 J. de usuc. und L. 25 §. 6 de H. P. Doch sind zu der oben im Gutachten gegebenen Interpretation noch folgende Elemente hinzuzufügen.

Bei der Institutionenstelle ist von entscheidender Wichtigkeit, daß die Stelle aus Gajus (2, 50) entnommen ist, und daß dieser dabei von bona fides überhaupt gar nicht spricht, dieser Ausdruck vielmehr erst durch eine ungeschickte Interpolation von Justinian in die

Stelle hineingekommen ist. Gajus spricht davon, daß res furtivae nicht usucapirt werden können, und daß daher bei dem weiten Umfange des Begriffes furtum die Usucapion bei Mobilien überhaupt selten möglich sei, jedoch immerhin in einzelnen besondern Fällen. Von diesen giebt er einzelne Beispiele und sagt, was buchstäblich auch in die Institutionen aufgenommen ist:

> si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam, existimans eam esse hereditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit; item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum et*(iam)* suum esse credens, vendiderit aut donaverit, furtum non committit; furtum enim sine affectu furandi non committitur.

Die Stelle ist merkwürdiger Weise von Gajus selber schon buchstäblich, nur mit Einschaltung eines weiteren Beispieles, in seinen Res quotidianae wiederholt, und von da auch in die Pandekten, in L. 36 de usuc., aufgenommen. Sie enthält in Bezug auf res furtivae den bekannten Satz, daß ein furtum nicht ohne animus furandi angenommen wird, und daß dieser animus rein factisch als wirkliche diebische Absicht zu beurtheilen ist. Darum wird hier die lata culpa dem dolus nicht gleichgestellt, und darum verhindert unbedingt jeder Irrthum, auch der rechtliche, die Annahme des animus furandi und damit auch die eines furtum. Die Beispiele sind, gemäß der Beziehung zur Usucapion, von einem furtum, was durch Veräußerung fremder Sachen geschieht, genommen, und zwar wohl absichtlich eines von error facti und eines von error iuris. Die Begriffe bona und mala fides sind dabei weder hier noch in irgend einer andern Stelle von den alten Juristen auf die Begehung eines furtum durch Veräußerung angewendet, offenbar weil sie dem Gegensatze von wissend und irrend nicht ganz entsprechen. Darum ist Wächter's Argument, jede Veräußerung mala fide sei furtum, nicht richtig.

Erst Justinian hat die bona fides in die Stelle hineingebracht, indem er in den ersten Satz hinter das Wort „donaverit" folgenden Zusatz eingeschaltet hat:

> aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est, quippe ea res in furti vitium non ciciderit, cum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, —

Was er mit diesem tautologischen Zusatze gewollt hat, ist schwer zu sagen. Etwas Neues sagt er nicht, der Gedanke war bei Gajus vollständig klar, die Diction aber ohne das holperige „quia — quippe — cum“ ungleich eleganter. Indessen enthält der Satz, da er sich auf das erste Beispiel, das von error facti bezieht, auch nichts falsches, denn es ist unzweifelhaft richtig, daß, wer bona fide veräußert, kein furtum begeht. Weitere Folgerungen und materielle Aenderungen des alten Begriffes kann man daraus aber in keiner Weise ableiten. Namentlich paßt das argumentum ab absurdo nicht, was Wächter (S. 82) mir aufbürden will. Der Zusammenhang von §. 4 und 5, der bei Gajus ganz einfach ist, müßte jetzt, wenn der Verfasser der Interpolation überhaupt einen klaren logischen Gedanken dabei gehabt hat, so genommen werden: wer bona fide veräußert, begeht kein furtum; gleichfalls (item) begeht aber, da es hier nur auf den factischen animus furandi ankommt, auch der kein furtum, der aus Rechtsirrthum, also nicht eigentlich bona fide, veräußert.

Von ungleich größerer Bedeutung ist die zweite Stelle, die L. 25 §. 6 de hered. petit. Bei ihrer Erklärung ist folgendes zu erwägen. Das SC. Juventianum unterscheidet bei seinen Bestimmungen über die Haftung der unberechtigten Erbschaftsbesitzer „eos, qui bona invasissent, cum scirent, ad se non pertinere“ und „eos, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent“: die ersteren haften absolut, die letzteren nur bis auf ihre Bereicherung. Die Unterscheidung entspricht an sich der von malae und bonae fidei possessio. Denn die, „qui justas causas habent, quare existiment“, sind buchstäblich die, welche gerechten Grund zum glauben haben, also die, welche in wohl begründetem oder entschuldbarem Irrthume glauben, folglich nicht die, welche aus unentschuldbarem, factischen oder rechtlichen, Irrthume glauben. Als Gegensatz werden zwar nur die genannt, „qui sciunt“; da indessen dem scit das scire debet auch sonst gleichsteht, so würde man an sich auch hier alle ohne iusta causa irrenden und glaubenden den nicht irrenden und wissenden gleichzustellen haben. Diese Interpretation ist in den Worten des Gesetzes so unmittelbar begründet, daß, wenn wir das Gesetz allein hätten, man sie unbedingt annehmen müßte. Nun findet sich aber in Ulpians Commentare zu dem Gesetze ganz entschieden eine andere Interpretation. Ulpian interpretirt in L. 25 §. 2 die Worte

„eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere" und sagt dabei in Betreff des „cum scirent":

Scire ad se non pertinere hereditatem utrum is tantummodo videtur, qui factum scit an et qui in iure erravit (putavit enim, recte factum testamentum cum iuntile erat; vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri); et non puto, hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret.

Hier wird ganz entschieden der Rechtsirrthum dem scire entgegengesetzt, der Rechts-unwissende dem wissenden nicht gleich behandelt, weil er dolo caret, also weil er nicht die Absicht des Unrechts hat, und darum kein „praedo" sei. Nicht zu bezweifeln ist auch, daß der factische Irrthum, auch der unentschuldbare, nicht schlimmer als der Rechtsirrthum behandelt werden darf. Eben so wenig zu bestreiten ist auch, daß im weiteren Verlaufe die wissenden und die irrenden als malae und bonae fidei possessores bezeichnet werden. Insofern scheint Wächters Theorie hier eine vollständige Bestätigung zu finden. Allein bei allem Respecte vor Ulpians Auctorität läßt sich denn doch das offenbar gar nicht verkennen, daß seine Interpretation den Worten des Gesetzes, und dessen Gegensatze von denen, „qui scirent" und denen „qui iustas causas habent, quare existimassent", nicht entspricht. Denn daß zwischen dem bloßen thatsächlichen scire und dem iustam causam habere existimandi noch eine Kluft ist und eine Mittelstufe von denen die sine iusta causa existimant, daß der logische Gegensatz von dem gerechtfertigten Glauben nicht das Wissen, sondern zunächst der ungerechtfertigte Glaube ist, das ist eine so absolute logische Wahrheit, daß selbst Ulpians Auctorität sie nicht beseitigen kann. Dazu kommt, daß Ulpian auf die andere Seite des Gegensatzes, die iustae causae existimandi, gar nicht eingeht, was doch nach dem sonstigen Verhältnisse des dolus zu lata culpa und Rechtsirrthum besonders nöthig gewesen wäre. Dies alles muß den Gedanken nahe legen, daß irgend eine besondere Rücksicht den Grund zu Ulpians Interpretation bildet. Wächter (S. 89) erklärt sie daraus, daß es an einer andern Stelle des Senatusconsultes einfach heißt „qui se heredes esse existimant", danach habe man einfach scire und existimare einander entgegengesetzt. Allein man sehe sich die Stelle etwas genauer an: Das SC. war durch einen besondern Fall, die Erbschaft eines gewissen Rusticus veranlaßt; danach heißt es im Eingange des Gesetzes:

Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere, redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas, idemque in similibus causis servandum.

Hier wird also der dem Senate vorliegende Fall kurz referirt, und daran eine concrete Verfügung für denselben geknüpft. Wenn nun dabei das Factum kurz mit „qui existimant“ bezeichnet wird, nachher aber bei einer ganz andern Frage und einer allgemeinen Bestimmung gefordert wird: qui iustam causam habent, quare existiment, so darf man doch offenbar nicht das zweite aus dem ersten interpretiren und die iusta causa existimandi einfach für bedeutungslos erklären, sondern nach gewöhnlichen Interpretationsgrundsätzen könnte man höchstens umgekehrt die iusta causa aus dem zweiten auch bei dem ersteren, wenigstens für die „similes causae“, suppliren. Auch bei Ulpian ist davon keine Spur, daß er die iusta causa der zweiten Bestimmung wegen des „qui existimant“ der ersten für bedeutungslos erklärt hätte. Eben so wenig hat er freilich die iusta causa aus der zweiten in die erste hereingezogen. Er behandelt dieselbe vielmehr ganz selbständig und hält sich dabei einfach an die Worte, indem er in L. 20 §. 12 sagt:

Haec adversus bonae fidei possessores, nam ita senatus locutus est: „eos qui se heredes existimassent“; caeterum si quis sciens, etc.

Der Anhalt zur Erklärung der auffallenden Interpretation der zweiten Bestimmung liegt daher nur in dem Grunde, den Ulpian für seine Entscheidung angiebt:

non puto, hunc esse praedonem, qui dolo caret.

Wie kommt er dazu, den Begriff des „praedo“ zur Bestimmung des Inhalts des Gesetzes zu benutzen, da dieses selber doch in seinem ganzen Verlaufe den Ausdruck praedo kein einziges Mal gebraucht? Die Erklärung ergiebt sich einfach aus dem Zusammenhange von Ulpians ganzer Darstellung der hereditatis petitio, von der die Interpretation des Senatusconsultes nur einen Theil bildet.

Er geht in L. 9 von dem bekannten alten Satze aus, daß bei der Erbschaftsklage „eum demum teneri, qui vel pro herede vel pro possessore possidet“. Den Unterschied zwischen beiden bestimmt er aber in L. 11—13 so:

> Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. —
> Pro possessore possidet praedo, qui — nec contendet se heredem, vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

Praedo ist nun aber keineswegs jeder malae fidei possessor, sondern nur, wie der fur et raptor, der eigenmächtige Occupant; denn nach L. 18 §. 8 ist der, welcher „sciens alienam emit hereditatem“, nicht praedo, weil „nemo praedo est, qui pretium numeravit.“ Auf diesen allgemeinen Unterschied des Besitzers pro possessore und pro herede, also des praedo und dessen qui putat se heredem, reducirt Ulpian nun auch die Unterscheidung des SC. Juventianum. In der L. 25 §. 3—5, eben den Stellen, die dem in Frage stehenden §. 6 voraufgehen, sagt er zunächst:

> Quod ait senatus: „eos qui bona invasissent“, loquitur de praedonibus, i. e. de his, qui cum scirent, ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona, scilicet cum nullam causam haberent possidendi.

Damit ist also ganz der obige Begriff des praedo als possessor pro possessore substituirt, und dieser wird denn auch in §. 5 der weiteren Ausführung ganz zu Grunde gelegt:

> De eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias apprehendit; quodsi ab initio causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius, ad se nihil hereditatem pertinere, praedonis more versari coepit, nihil senatus loquitur, puto tamen et ad eum mentem senatus consulti pertinere.

Dem entsprechend nimmt Ulpian nun auch für die andere Alternative des Senatusconsults als Gegensatz des praedo einfach seinen allgemeinen Begriff von possessor pro herede, nämlich den „qui putat se heredem esse“. Dabei kann es dann natürlich nur noch auf das factische „glauben“ ankommen, ohne weitere Rücksicht auf die „iustae causae, quare existiment“, auf Rechtsirrthum u. s. w. Die auffallende Argumentation aus dem Begriffe des praedo ist damit von selber erklärt. Den Worten des Gesetzes war dies nun freilich keineswegs gemäß, indessen wurde dasselbe dadurch mit der althergebrachten Unterscheidung des possessor pro herede und pro possessore in eine einfachere Harmonie gebracht, und das mag Ulpian auch wohl mit bewogen haben, es mit den Worten „qui iustam etc.“

nicht so genau zu nehmen. Auffallend wäre es immer, wenn er sich gar nicht darüber ausgesprochen hätte, indessen ist das auch nicht wahrscheinlich, vielmehr sind seine Aeußerungen darüber nur von Justinians Compilatoren einfach weggelassen. Man erkennt die Lücke sehr deutlich. Er leitet in L. 20 §. 5 nach der Anführung der Worte des Senatusconsultes seine Interpretation desselben mit den Worten ein:

> Aptanda est igitur nobis singulis verbis senatus consulti congruens interpretatio.

und schließt sich demgemäß in der langen Ausführung von L. 20 §. 6 bis L. 25 §. 10 fortwährend genau an die einzelnen Worte an, bis zu den Worten, wonach die „qui scirent" haften sollen, „quasi possiderent". Dann aber hört dies mit einem Male gerade da auf, wo die Worte „eos autem qui iustam causam" etc. kommen sollten. In §. 10 werden noch die Worte quasi possiderent erklärt, dann aber heißt es in §. 11 plötzlich ganz unvermittelt: Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum etc. Es wird zwar die Beschränkung der Klage auf die Bereicherung ausgeführt, aber der Anhalt an die Worte des Gesetzes, und namentlich eine Aeußerung über die iustae causae fehlt gänzlich. Es ist das um so auffallender, weil die Worte „eos autem qui iustam" etc. die einzigen,[1]) von dem langen Gesetze sind, für die sich keine „congruens interpretatio" findet. Offenbar ist zwischen §. 10 und 11 eine große Lücke und eine Menge gestrichen. Was da gestanden haben mag, ist nicht zu errathen, aber so viel ist jedenfalls klar, daß diese Identificirung des Unterschiedes von bonae und malae fidei possessor mit dem von possessor pro herede und pro possessore oder praedo, die hiernach bei der hereditatis petitio von den Römern angenommen ist, keineswegs für die allgemeine Bestimmung des Begriffes von bona und mala fides und bonae und malae fidei possessio maßgebend sein kann. Daß der Begriff des malae fidei possessor umfassender ist, als der des praedo, ist schon nach der L. 13 cit. außer Zweifel,[2]) und daß die bon. fid. possessio bei der Publiciana und

---

[1]) Im Gesetze kommt zwar hinter ihnen noch ein Schlußsatz „Petitam autem" etc., allein diesen hat Ulpian schon in L. 20 §. 11 anticipirt.

[2]) Die Stelle ist in L. 126 de R. J. wiederholt. Der Unterschied von praedo und mal. fid. poss. ist längst anerkannt. Cuiac. ad L. 126 cit. Obs.

ähnlichen Klagen, und beim Fruchterwerb u. a. nicht ohne iusta causa sein darf, ist eine bekannte Sache. [1])

Damit erledigt sich auch die Frage, welche Bedeutung die L. 25 §. 6 für den Einfluß des Rechtsirrthums auf die bona fides habe. Ulpian geht von dem Begriffe des praedo aus, identificirt diesen mit malae fidei possessor und setzt ihm alle anderen Besitzer als bon. fid. pos. gegenüber. Da er nun den praedo mit dem fur und raptor auf gleiche Stufe stellt, so versteht sich, daß, wie ein furtum nicht ohne animus furandi, so auch ein praedo nicht ohne animus praedandi angenommen werden kann, und daß dieser daher wie jener durch jeden Irrthum, auch den rechtlichen, ausgeschlossen wird. Für den Begriff der bona fides in andern Verhältnissen folgt daraus nichts. Wie man auch bei uns wohl einmal einfach Spitzbuben und ehrliche Leute unterscheidet, darum aber auch nicht allgemein Jeden, der nicht geradezu stiehlt, für einen redlichen Mann erklärt, so kann man auch daraus, daß die Römer bei der Occupation von Erbschaften einfach praedones und bonae fidei possessores unterscheiden, nicht folgern, daß sie allgemein das ganze Wesen der bona fides nur darin gesetzt hätten, daß man kein praedo sei. Der Begriff der bona fides kann eben, wie im Deutschen der der Redlichkeit, in einem höheren oder niederen Grade genommen werden, wie bereits oben S. 15 und S. 75 begründet ist. Ein anderer Fall, wo bei einem Verbrechen bona fides als Gegensatz des dolus nur vom factischen Glauben abhängig gemacht ist, ist L. 3 ad leg. Fabiam:

> Legis Fabiae crimine suppressi mancipii bona fide possessor non tenetur, i. e. qui ignorabat, servum alienum et [2]) qui voluntate domini putabat id agere. et ita de bona fide possessore ipsa lex scripta est; nam adicitur: „SI SCIENS DOLO MALO HOC FECERIT.“

18, 25. Faber, de err. pragm. 26, 9, 20, 21. Auch die L. 13 de noxal. die Wächter dagegen anführt, stellt beide nicht gleich, sondern hebt nur den praedo als den crassesten Fall der m. f. poss. hervor.

[1]) Backe, bon. fid. poss. quemadm. fructus suos faciat. p. 47—8.

[2]) Dieses „et“ kann natürlich nicht conjunctiv, sondern nur disjunctiv statt aut, verstanden werden.

§. 16. Die Rechtsbelehrung.

Die letzte Frage ist noch, ob von dem Principe, daß der Rechtsirrthum die Annahme der bona fides und die Ersitzung ausschließt, Ausnahmen zu machen sind, wenn der Irrthum im einzelnen Falle wegen fehlender oder falscher Rechtsbelehrung entschuldbar erscheint. Es ist dabei zunächst die Entschuldbarkeit des Rechtsirrthumes überhaupt genauer zu bestimmen. Sie wird von den Römern im Allgemeinen angenommen, wenn Jemand weder „sua prudentia instructus" ist, noch „copiam JCti" [1]) hat. Beides wird wiederholt einander gleichgestellt, indem eine „scientia" gefordert wird, „quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores assequi potest." [2]) Also: wer keine Rechtskenntniß hat, soll prudentiores fragen; wer selber Kenntniß hat, kann sich darauf verlassen. Dabei wird aber ausdrücklich hervorgehoben, daß man nicht zuviel verlangen dürfe. Es heißt in der L. 10 cit.:

> Scientiam non hanc accipi quae iuris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores assequi potest.

und in der L. 2 §. 5:

> Scientiam observandam, non quae cadit in iuris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alias assequi potuit, scilicet consulendo prudentiores.

In beiden Stellen sind die „prudentiores" offenbar noch nicht die „prudentes", d. h. die „quibus permissum est iura condere", [3]) sondern eben nur solche, die prudentiores sind, als der Quärent, also einfache Rechtsverständige, Advocaten, Richter u. dgl. Der Rechtsirrthum wird also schon entschuldigt, wenn man entweder einen prudentior fragte, oder selbst zu den prudentiores gehört. Die Verschuldung beim Rechtsirrthum liegt also insofern nur darin, daß, wenn man nicht selber Kenner ist, man nicht einen Kenner fragt, so daß also, wie es in L. 9 §. 3 cit. heißt, nur dem, „cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia". Daraus folgt, daß, wenn der prudentior selber im Rechtsirrthume ist, also eine falsche Belehrung giebt, dieses nicht weiter schadet, und zwar ohne Unter-

---

[1]) L. 9 §. 3 de iur. ign.

[2]) L. 10 de bon. poss. L. 2 §. 5 quis ordo. (38, 15).

[3]) §. 8 J. de iure natur.

schied, ob er in einer eigenen Sache irrt, oder bei einer Befragung von einem Dritten.

Soll dieses nun auch für die Usucapion und die bona fides gelten? Jeder wird sich sagen, daß das ein heilloses Resultat geben würde! Es ist schon oben im Gutachten S. 13 u. 54 ff. gezeigt, wie leicht es für einen „prudentior", namentlich einen geschickten Advocaten ist, ein gewünschtes practisches Ziel durch Rechtsdeductionen zu begründen, und wie es ihm dadurch vollständig in die Hände gegeben wäre, bei streitigen Rechtsfragen jederzeit, sei es für sich selber oder einen Clienten, die nöthige bona fides selber zusammen zu construiren und sich oder seinem Clienten einzureden. Soll das möglich sein, und will man das noch bona fides nennen?

Die Römer haben ein besonderes gesetzliches Verbot dagegen nicht für nöthig gehalten, sondern den Schutz einfach aus der Natur des Rechtsirrthums einerseits und der Ersitzung und der bona fides andererseits abgeleitet, nämlich durch das Princip der L. 7 und 8 de iur. ign. mit seiner Unterscheidung zwischen Erwerb und Verlust. Dieses ist tief in der Natur der Verhältnisse begründet und ganz wesentlich hier herein zu ziehen. Danach gestaltet sich dann aber die Bedeutung der Rechtsbelehrung wesentlich verschieden.

Von jeher hat man eingesehen, daß die Entschuldigung durch fehlende oder falsche Belehrung nicht gleichmäßig für beide Fälle zulässig sein kann. Denn wenn beim Erwerb (in compendiis) nur der entschuldbare Irrthum nützen und beim Verluste (in damnis) nur der unentschuldbare schaden soll, so wäre das Resultat, daß der entschuldbare in beiden Fällen, der unentschuldbare in keinem von beiden berücksichtigt würde. Dann würden aber eben beide Fälle überhaupt gleich behandelt, und der Unterschied zwischen ihnen ganz aufgehoben. Will man diesen also festhalten, so muß man irgend einen Unterschied in Betreff der Entschuldbarkeit nothwendig statuiren.

Früher nahm man meistens an, auf die Entschuldbarkeit des Irrthums müsse nach der allgemeinen Fassung der L. 9 §. 3 cit. stets Rücksicht genommen werden, also auch bei reinem Gewinn, und folglich müsse man bei Verlusten nothwendig auch den nicht entschuldbaren Irrthum zulassen. Allein diese Ansicht ist entschieden falsch. Denn daß der unentschuldbare Irrthum auch bei Verlusten nicht zu berücksichtigen sei, ist zu bestimmt gesagt. Schon der allgemeine Satz der L. 9 cit.: „ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris

ignorantia", schließt die Fälle von Verlusten unabweisbar in sich, und demgemäß beziehen sich auch die einzelnen daneben angeführten Beispiele nur auf Verluste, nämlich Darlehne an Haussöhne, Verlust der Quarta Falcidia, Versäumniß von Erbschaftsfristen. Ausdrücklich ist es außerdem in den beiden oben S. 120 angeführten Stellen (L. 10 und L. 2) gesagt, die beide von Versäumniß der Fristen der bonorum possessio sprechen.

Demnach kann der Unterschied in der Behandlung des Rechtsirrthums bei Erwerb und Verlust nur darin bestehen, daß bei ersterem das Grundprincip, Rechtsunkenntniß könne Niemandem Vortheil bringen, ausnahmslos festgehalten wird, bei Verlusten dagegen Ausnahmen wegen Entschuldbarkeit der Unkenntniß zugelassen werden. Eine Bestätigung findet dies darin, daß alle Ausnahmsfälle, die die Quellen bieten, sich nur auf Verluste beziehen.[1] Die einzige Möglichkeit, das Princip der Entschuldbarkeit des Rechtsirrthumes auch beim Erwerbe zuzulassen, wäre, daß man nach dem Grade der Entschuldbarkeit unterschiede, diese also bei Erwerb nur in besonderen seltenen Fällen zuließe. Es ist dies oben im Gutachten angenommen, indessen ist die Grenze dafür nicht wohl zu bestimmen und in den Quellen ein Anhalt zu der Unterscheidung nicht gegeben, weshalb ich sie nicht aufrecht erhalten will.

Die Erklärung für diese verschiedene Behandlung des Rechtsirrthums bei Verlust und Erwerb ist nun übrigens nicht mit Wächter (der hier in der Sache selbst übereinstimmt) in einer besonderen strengen und starren Regel zu suchen, die man für den Erwerb aus irgend welchen besonderen Gründen aufgestellt hätte, sondern sie ergiebt sich einfach von selbst aus einer billigen Durchführung des natürlichen Principes, daß die Rechtsunkenntniß Niemandem Vortheil bringen darf (non prodest). Dieses führt von selbst dahin, daß man zwar bei Verlusten, nicht aber bei Gewinn Ausnahmen zuläßt.

Wenn Jemand aus Rechtsunkenntniß oder Rechtsirrthum (beides

---

[1] Weniger Gewicht möchte ich mit Vangerow (Pand. 1, 125) und Wächter (S. 111) auf die Ausdrücke „nunquam prodest," „nulli prodest" bei der Usucapion legen. Denn diese beziehen sich, wie oben S. 102 gezeigt ist, nur auf die Gegenstände des Irrthums, nicht auf seine Entschuldbarkeit, und würden daher Ausnahmen wegen Entschuldbarkeit eben so gut zulassen, wie das „cuique nocet" in dem allgemeinen Satze der L. 9 pr. cit.

steht sich gleich) in Verluste kommt, sei es durch Versäumnisse oder Handlungen, und wegen seines Irrthumes Schutz dagegen haben will, so muß man ihn unbedingt abweisen, wenn er unterlassen hat, einen Rechtsverständigen darüber um Rath zu fragen; denn das wäre eine grobe Nachlässigkeit, und gegen selbst verschuldeten Schaden zu schützen, hat das Recht keine Veranlassung [1]). Wenn er aber einen Rechtskundigen befragt hat, von diesem aber einen falschen Rath bekommen hat, so ist es billig, daß er nun in den Fällen, wo das Recht überhaupt auf Irrthum Rücksicht nimmt (was aber keineswegs überall der Fall ist), wegen seines Irrthumes gegen den Nachtheil geschützt werde. Denn er hat dann das seinige gethan, man kann ihm keine Schuld vorwerfen, und man würde ihm ja alle Möglichkeit nehmen, in solchen Fällen mit Sicherheit sich vor Schaden zu hüten. Ebenso wenn ein Rechtskundiger für sich selber hier aus guten Gründen eine Ansicht gefaßt hat.

Ganz anders ist es aber, wenn Jemand auf einen Irrthum einen Erwerb gründen will, auf den er an sich keinen Anspruch hat, und den das Gesetz nur aus Gründen des allgemeinen Verkehrsinteresses zuläßt, wie bei der Usucapion [2]). Hier muß das Gesetz zwar den Verwickelungen der factischen Lebensverhältnisse und den daraus hervorgehenden Irrungen und Täuschungen, denen man auch bei der redlichsten Umsicht unterliegen kann, Rechnung tragen, und daher wegen factischen Irrthums den Erwerb zulassen. Allein daß es dieselbe Rücksicht auch bei irrigen Rechtsansichten und Rechtsdeductionen, die man sich zu seinem Vortheile macht oder durch seinen Advocaten machen läßt, eintreten lasse, dazu ist in der That nicht der mindeste Grund weder der Billigkeit noch der Zweckmäßigkeit vorhanden. Die ganze Auslassung von Wächter darüber (S. 118—139), namentlich der Ausruf, daß es doch ein wahrer Hohn vom Gesetze sein würde, den Laien an den Rath der Rechtsverständigen zu verweisen und dann doch keinen Werth darauf zu legen, ihn vielmehr rettungslos die Folgen seines irrigen Glaubens tragen zu lassen, hat hier gar keine Kraft, sondern paßt nur auf den obigen Fall der Verluste. Wächter bricht selber seiner Ausführung die Spitze ab, da er im

---

[1]) L. 203 de R. J.: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur sentire."

[2]) Vergl. oben S. 16.

Resultate die Ausschließung der Usucapion durch Rechtsirrthum gleichfalls und zwar sehr entschieden für eine absolute, durch keine Rechtsbelehrung zu vermeidende, erklärt. Er sieht also doch auch keine Unbilligkeit darin, daß sich der Laie gegen die Folgen seiner Rechtsunkenntniß hier durch keine Gutachten retten kann. Es ist das auch ganz natürlich. Denn Erwerb und Vortheil mit dem Schaden eines andern vom Gesetze zu bekommen kann Niemand verlangen, und darum kann sich Niemand beklagen, wenn das Gesetz dies in Schranken einschließt, die ihn im einzelnen Falle davon ausschließen. Das Urtheil über die Rechtmäßigkeit von eines Jeden Handlungen steht nur dem Richter zu, und daß die Illusionen, die sich Jemand selber zu seinen Gunsten über das Recht macht, im Stande sein sollten, seine Lage dem Verlierenden gegenüber rechtlich besser zu machen, würde gegen alle Billigkeit sein.

Damit ist auch das Verhältniß des Rechtsirrthums zur bona fides gegeben. Bestände diese nur in dem factischen Glauben, so würde man Wächters Unterscheidung von Begriff und Wirkung zur Anwendung bringen müssen, d. h. man müßte dem an sich vorhandenen Glauben für den Fall, daß er auf einem Rechtsirrthume beruhe, die rechtlichen Wirkungen versagen, und müßte dies einfach auf die positiven Aussprüche der römischen Juristen gründen. Doch dürfte man auch dann die Regel nicht, wie Wächter meint, auf die ordentliche Ersitzung, oder gar den Putativtitel bei derselben, beschränken, sondern müßte sie bei der Allgemeinheit des Ausspruches der L. 7 und 8 citt. jedenfalls allgemein und daher auch bei der außerordentlichen Ersitzung zur Anwendung bringen, wie das schon oben §. 13 näher begründet ist.

So wenig indessen danach durch die Scheidung von Begriff und Wirkung im Resultate geändert würde, so wenig kann man doch ihre innere Begründung zugeben. Bei einem Rechtssysteme, das so wenig auf vereinzelten rein positiven Sätzen beruht, sondern fast ganz aus dem inneren Zusammenhange der Begriffe entwickelt ist, wie das römische, und namentlich hier bei den Grundsätzen über Ersitzung, Irrthum und bona fides, ist eine solches Zerschneiden und Isoliren der einzelnen Begriffe und Regeln nur selten zuläßig. Wenn daher, wie oben §. 14 gezeigt ist, in einzelnen Fällen entschieden keine bona fides bei Rechtsirrthum angenommen ist, so ist der innere Zusammenhang beider Begriffe damit zur Genüge bestätigt. Er ergiebt sich auch von selber ganz allgemein, sobald man nur das Wesen

der bona fides nicht in dem bloßen factischen Glauben sieht, sondern in der wahren mit Ueberlegung verbundenen Redlichkeit. Es ist dabei in der Ausführung die ordentliche Ersitzung von der außerordentlichen zu trennen. Das Verhältniß ist zwar an sich bei beiden dasselbe, doch gestaltet es sich processualisch bei der einen etwas anders als bei der andern.

Bei der ordentlichen Ersitzung, wo man einen bestimmten Rechtsgrund oder Titel für seinen Besitz angeben muß, fordert die zur bona fides nöthige Ueberlegung stets, daß man vor allem die gesetzliche Rechtmäßigkeit des Titels nach seinen verschiedenen Seiten in Erwägung ziehe. Wer das unterläßt oder in leichtfertigem Eigennutze leicht nimmt, und ohne weiteres die ihm günstige Ansicht glaubt oder sich von andern einreden läßt, handelt schon darum nicht redlich. Wenn das Gesetz schon bei Verlusten ja selbst bei Delicten sagt, wer das Gesetz nicht kenne, werde dennoch dem gleich geachtet und behandelt, der es kennt, so muß dieses hier um so mehr zur Anwendung kommen, wo gar keine Nothwendigkeit stattfindet, daß Jemand etwas erwerbe, wo das Gesetz vielmehr nur dem gesetzmäßig handelnden den Irrthum über die unerkennbaren factischen Verwicklungen der Lebensverhältnisse nachzusehen Veranlassung hat. Wenn sich aber bei unbefangener Erwägung herausstellt, daß die in Frage stehenden Rechtssätze zweifelhaft und bedenklich sind, so fordert die Redlichkeit weiter, ja um so mehr, daß man sich sage, daß ein sicherer und zweifelloser Erwerb hier nicht möglich ist. Ein jeder muß sich sagen, daß seinen Rechtsdeductionen die seines Gegners direct entgegenstehen, daß der Richter allein darüber zu entscheiden hat, und daß er daher kein Recht hat, die seinigen ohne weiteres absolut für die richtigen zu halten. Thut er es, so ist das seine Schuld und kein wahrhaft redliches Verhalten, wodurch er besondere Rechte erwerben könnte. Wohl mag man im Vertrauen und in der Hoffnung auf die Richtigkeit seiner Ansichten den Besitz an sich nehmen und die Geltendmachung der fremden Ansprüche erwarten, allein ehrlicher Weise muß man sich die mögliche Unrichtigkeit seiner Rechtsansichten und daß man eventuell kein Recht habe, dabei sagen und natürlich darum auch den Besitz nur mit dem Gedanken und der Absicht ergreifen, nicht gegen die Gesetze fremdes Eigenthum sich aneignen vielmehr eventuell das fremde Gut seinem Herrn wieder herausgeben zu wollen. Wer anders denkt und handelt, und in eigen-

nützigER Verblendung sein nur mögliches Recht für absolut sicher ansieht, handelt nicht wahrhaft redlich und das Gesetz hat keinen Grund, bei einem solchen Besitzer von seinem sonstigen Principe, daß der im Recht irrende den wissenden gleich geachtet werde, abzugehen. Wenn er auch noch so sehr von der Richtigkeit seiner Ansichten überzeugt ist, — das kann nicht entscheiden; denn die Ueberzeugung wird stets um so fester sein, je eigennütziger und verblendeter er einerseits ist, und je weniger er andrerseits von der Sache versteht; „de improbitate sua" aber soll Niemand Rechte erwerben [1]), und auch das darf nicht sein, daß, wie die Römer das einmal in ihrer drastischen Weise ausdrücken [2]), „melioris conditionis sint stulti quam periti."

Man sage nicht, bei diesem Standpunkte sei überhaupt gar keine Ersitzung möglich, denn denselben Maßstab könne man eben so gut auch beim Irrthume über Thatsachen anlegen. Das Gesetz steht fest und objectiv über allen Thatsachen mit der Bedeutung, daß alle Thatsachen aus ihm ihren bestimmten rechtlichen Charakter der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit bekommen, und danach jederzeit unbedingt und sicher und in allen Fällen gleich beurtheilt werden müssen. Allerdings können bei der ideellen Natur des Rechts im einzelnen subjective Zweifel und Differenzen über den wirklichen Inhalt des einzelnen Gesetzes sein, allein nur Eines ist Recht, und was das ist, das hat nur der Richter zu entscheiden. Die Thatsachen sind dagegen ihrer Natur nach nichts festes, sondern dem Zufall und der Veränderlichkeit unterworfen. Allerdings sind sie im concreten Falle entweder so oder so, allein wie sie sind, entscheidet eben der Zufall und nicht das Gesetz und der Richter, und darum kann und muß das Gesetz auf den thatsächlichen Irrthum eine gewisse Rücksicht nehmen, während es die Anwendung seiner eigenen Bestimmungen gleichmäßig ohne Rücksicht auf die subjectiven Ansichten und Meinungen der Parteien festhalten muß.

Eben darum können auch die Rechtsbelehrungen, die sich eine Partei über zweifelhafte Rechtssätze ertheilen läßt, an den obigen Resultaten in Betreff der bona fides nichts ändern. Es ist schon oben im Gutachten S. 56 u. 62 ausgeführt, welche Zufälligkeiten und Ein-

---

[1]) L. 12 §. 1 de furtis.

[2]) L. 4 quod vi aut clam.

seitigkeiten dabei mitspielen können. Die ganze Ausführung kann hier nur wiederholt werden, und zwar ohne die geringste Concession. [1]) Darum mag ein Jeder sich zu seiner Instruction belehren lassen, allein besondere weitere Ansprüche oder Befreiung von den ihm pflichtschuldig obliegenden Erwägungen kann er darauf nicht gründen. Ob die Belehrung von einem Advocaten oder Richter oder Rechtslehrer oder einer ganzen Facultät eingeholt wird, kann keinen Unterschied machen, da die Wahl zwischen ihnen von Zufälligkeiten und selbst pecuniären Rücksichten abhängt. Subjectiv hat aber der Arme, der nur seinen Advocaten fragen kann, gerade ebenso viel, aber auch eben so wenig, Recht, sich darauf zu verlassen, wie der Reiche, der sich ein Facultätsgutachten einholt.

So bei der ordentlichen Ersitzung. Bei der außerordentlichen ist das alles nur insofern anders, als man hier keinen Titel für seinen Besitz anzugeben braucht, und somit auch nicht nöthig hat, seinen Erwerb auf speciell anzugebende oder wenigstens im Titel liegende Rechtssätze zu gründen. Im Uebrigen aber beruhen beide Ersitzungen an sich auf demselben Principe, und die Erleichterung der außerordentlichen bezieht sich außer dem Titel nur auf die Fähigkeit der Sachen. Darum müssen die allgemeinen Grundsätze vom Irrthume und namentlich vom Rechtsirrthume und der bona fides hier grade ebenso zur Anwendung kommen, wie bei der ordentlichen. Daher muß die ganze Reihe der obigen Ausführungen auch hier hereingezogen werden, sobald der Gegner unternimmt, den Gegenbeweis der mala fides zu führen, und dabei die bestimmte Art und

---

[1]) Gegen die Analogie von der Stellvertretung, die S. 56 benutzt ist, hat Wächter (§. 29.) unter anderen, weniger erheblichen, Einwendungen auch die gemacht, daß nach der gemeinen Meinung die mala fides des Vertreters dem Dominus nicht schade. Dies wird allerdings meistens angenommen, allein durch keine der dafür angeführten Stellen (Vangerow, Pand. 1, 605. Windscheid, Pand. 1, §. 177. n. 6) bewiesen, auch nicht durch L. 11 pro emtore. Es widerspricht aber dem sonst geltenden Principe: „procuratoris scientiam et dolum nocere debere domino," (L. 5. pr. 14, 4) und kann daher principiell nur gelten, wenn der Vertreter als bloße Nebenperson nur die äußere Gewalt bei der Besitznahme für den Dominus vermittelt hat, nicht auch wenn durch ihn der ganze Titel hergestellt ist, eine Unterscheidung, die wenigstens in anderer Beziehung auch Windscheid (Pand. §. 155, 1, 6) bereits geltend gemacht hat. Kann beim Kaufstitel, wo die bona fides ja schon beim Vertragsabschlusse da sein muß (L 2 pr. pro emt.), die mala fides des Vertreters beim Kaufe gleichgültig sein?

den Titel des Erwerbes, wodurch der betreffende Besitz entstanden ist, seinerseits zu beweisen im Stande ist. Unredlichen Erwerb soll auch die außerordentliche Ersitzung nicht schützen, und was unredlich sei, das kann hier nicht anders als bei der ordentlichen Ersitzung bestimmt werden. Darum ist innerlich durchaus kein Grund, den Rechtsirrthum hier irgendwie anders als dort zu beurtheilen, und daß auch die äußeren positiven Gründe für die Gleichheit sind, ist bereits oben §. 13 ausgeführt. Man darf auch nicht etwa entgegenhalten, daß dadurch die außerordentliche Verjährung zu sehr beschränkt, und in ihren wohlthätigen Wirkungen zu sehr geschmälert werde. Denn man darf nicht vergessen, daß diese wohlthätigen Wirkungen immer nur auf Kosten des Einzelnen, der sein Eigenthum und sein Recht verliert, erreicht werden, und gerade der vorliegende Rechtsfall zeigt, wie leicht die Geltendmachung eines Rechtes durch unglückliche Zufälligkeiten lange verzögert werden kann. Die Complication der Thatsachen muß zwar ein Jeder tragen, aber wenn es sich nur um die Anwendung von Recht und Gesetz auf die Thatsachen handelt, dann darf die Zeit kein Hinderniß bilden, vielmehr muß dann die Regel „acquirere volentibus iuris ignorantia non prodest“ ohne alle Zeitgrenze gelten, nach dem deutschen Sprichworte: „Hundert Jahre Unrecht machen keine Stunde Recht.“

Exc. J. G.

Druck von Troitzsch & Ostertag in Berlin.



